O ZOBOWIĄZANIACH NATURALNYCH,

PODŁUG

PRAWA RZYMSKIEGO I FRANCUZKIEGO,

przez

R. R. St. Piotra Nowińskiego, Członka Senatu.

CZĘŚĆ I.

Uwagi przedwstępne.

W prawie stanowionem mieści się prawo natury.

1. Prawem rzeczywistem, na które powoływać się można, jest stanowione, bo ono w niém ma swój kształt i organizm. Prawo natury, rozmaicie jest pojmowane. Chociaż więc dalecy jesteśmy od myśli: aby osnowa jego należała do marzeń, które przeszłość żywiła, a które żadnego użytku nie mają; gdyż, czy przy rozglądzie świadomości człowieka, czy przy poszukiwaniu bezwzględnéj prawdy, lub przy śledzeniu w przebiegu czasu, myśli wywołujących prawa społeczeńskie, zawsze otwiera się pole prawd wyświecających przeznaczenie człowieka; sądzimy wszakże, iż na rzeczywistość, jako najbliższą i dotykalną przedewszystkiem pilną uwagę zwracać należy. Z drugiéj jednak strony przyzna-

jemy, że przynależy do godności człowieka, podnieść się nad stanowisko kolejne znikomych zjawisk, i poszukiwać, co jest w nich stałem i istotnem. Wyłączność i jednostronność, jest niesprawiedliwą. Każdy bowiem przedmiot ma różne strony i wielorakie odniesienia; objaśnienie jednego z nich nie wyłącza pozostałych; tylko zajęcie się całością, nadaje wszystkiemu jedność.

Prawodawstwo francuzkie, pruskie, w stosunku do prawa rzymskiego.

2. Byt zobowiązań naturalnych, przyznany jest w kodexie francuzkim, jak ślady tego w artt. 1235, 1376 do 1381 wskazują. Prawodawstwo pruskie, stosunkiem tym większą jeszcze liczbą przypadków rozwięzuje; jak ślady tego w Cz. I, Tyt. 16, §§ 178, 179, Wstęp, § 86, w Cz. I, Tyt. 5, § 131, Cz. I, Tyt. 11, § 727, w Cz. I, Tyt. 5, §§ 146, 147, Cz. I, Tyt. 16, § 184. Prawa Powszechnego Pruskiego dowodzą. Widocznem jest: że twórcy tych kodexów, nie szli drogą wynalezienia, ale poprzestawali na uporządkowaniu tego, co istniało w jednoczesnem przeświadczeniu i użyciu, na dnie czego tkwiły tradycya i pojęcia z prawa Rzymskiego poczerpnięte; mianowicie, co się tyczy prawa Pruskiego, sam Suarez (Annex 15 do § 826), powołuje się do prawa rzymskiego, jako określającego znaczenie zobowiązań naturalnych.

Gdy przeto samo prawo stanowione, nie podaje wyraźnego oznaczenia tego rodzaju zobowiązań, a mający udział w jego układzie, odnosili go do narodu już znikłego i społeczeństwa zmienionego; gdy wyraźne powołanie się na przeszłość zniewala szukać w niéj, istotnego znaczenia zobowiązań naturalnych; przedstawia się trudne zadanie do rozwiązania: poznanie dążności i kierunku prawodawstwa rzymskiego i wykrycia, co z niego stałem i prawdziwem, pozostało. Rozejrzenie przedmiotu tego, ułatwiają prace wielu uczonych prawników; a pominąwszy pismo Webera (Entwickelung der Lehre von

der natürlichen Verbindlichkeit), przedmiot ten szeroko rozbierające; największego są znaczenia, pisma Savignego (Obligationen Recht als Theil des heutigen Römischen Rechts) i Massola (de l'obligation naturelle). Pisarz ostatni, mianowicie zwrócił uwagę, na rozróżnienie naturalnego zobowiązania właściwego, od obowiązku moralnego; co tém więcéj na uwagę zasługuje, gdy Holtius (Revue de legislation r. 1852), idąc za wyrażeniem się prawa pruskiego, w zobowiązaniach naturalnych, sam obowiązek moralny upatruje, co czyni także większa część prawników francuzkich, jak to później dostrzeżemy; kiedy przeciwnie Savigny, rozumienie prawa pruskiego poddając krytyce, i znajdując je niezgodnem z prawem rzymskiem, na które się jednak w źródłach prawa pruskiego powoływano, w przywróceniu mu tylko właściwego znaczenia, wedle prawa rzymskiego, wskazuje środek uniknienia sprzeczności, do jakiéj daje powód, sama wyraźna osnowa prawa pruskiego. Tak objawiona sprzeczność, pociąga już konieczność uwydatnienia różnicy, zachodzącéj, między stanowiskiem prawnem a moralnem, i wykazania, kiedy obowiązek moralny staje się także prawnym.

Różnica między stanowiskiem moralnem a prawnem i rozwój prawa w państwie.

3. Człowiek chociaż słaba i skończona istota, żywi jednak w sobie, iskrę rozumu, co go łączy z Bogiem; tém światłem wiedziony, rozróżnia, co w świecie jest istotnego, w którym Bóg nieustannie swą mądrość objawia; i osiągnięcie czego najwyższem jest dobrem. Tak podniesiony, ze stanowiska społecznego w jakiem się znajduje, szuka téj istoty i w kole społeczeństwa. Celu, tego w dwojaki sposób dosięga: albo powodując się bezwzględnem dobrem, kieruje wolę wedle tego, co jest istotnem, nie poddając się żadnym przeciwnym skłonnościom, wrażeniom obawy lub trudności; co stanowi moralność; albo poszukuje tylko rze-

czywistości, do osiągnięcia którój, przeświadczona o dobrem wola, dla słabości i skończoności człowieka, nie zawsze jest wydostarczającą. Osiągnięcie przeto dobra, zależne jest, od jednoczesnych okoliczności, stanowiących warunki jego możności. Warunki te, mieszczą się w harmonizującéj całości, różnych powołań i zajęć stanowiących życie społeczne. Urzeczywistnienie w kole społecznem pewności, że godność i siły człowieka rozwijać się są w możności, stanowi osnowę prawa. Ogół stosunków wyczerpujących odnoszenie się szczególnéj potrzeby, do całości społeczeństwa, zgodnie z jego organizmem, stanowi instytucyą prawną: tak naprzykład prawo o małżeństwie, winno się godzić i odpowiadać potrzebom zbiorowym społecznego życia. Prawo i moralność są w jedności przedstawiającéj się w różnéj formie; zewnętrznéj i wewnętrznéj.

Styczność prawa z moralnością, prawo rzymskie.

4. Z powodu łączności prawa z moralnością oczekiwać należy blizkich zetknięć obudwu stanowisk. Czyn moralny, aby był takim, wolnym być winien. Wspólne życie będąc nietylko rozwinięciem boskiej myśli, ale i pozostawionem dzialalności człowieka; ze względu że zła wola zmięszać je może, chronione być musi nakazem; uświęcenie, konieczność i wywołująca go potrzeba, usprawiedliwiają byt władzy. Stosunek moralny, przejdzie już w zakres prawa, jeśli się oznaczy czynem zewnętrznym, wola bowiem nieobjawiona nie wchodzi w sferę społecznego życia, nakazem dotkniętą być nie może. Nakaz z prawa płynący, w formie społecznéj znajduje konieczność i pewne określenie, i nie dotyka czynności chociażby ta miała cechy prawa lub obowiązku, jeśliby potrzeba wspólnego życia zakazu nie wywoływała. Jeśli urzeczywistniony sam obowiązek moralny, wspierany jest już nakazem, tém więcéj skuteczniejszym stanie się czyn, jakkolwiek poprzednio niedojrzały, gdy przybierze

znamie wywołujące pomoc i skuteczność nakazu prawnego. Wywód ten wskazuje, jak czynność niezupełna, mająca nazwę zobowiązania naturalnego, w zetknięciu dalszem z czynnościami rzeczywiście prawnie ważnemi, sama staje się zupełną i skuteczną.

Znamie poglądu filozoficznego zawsze nosić będą usiłowania, czy kierowane do wykrycia bezwzględnéj prawdy, z wykazaniem jéj w świecie zewnętrznym, czy niedochodzące tego szczytu i więcéj umiarkowane, poprzestające na przywodzeniu do jedności dostrzeganych zjawisk; zawsze bowiem i tu głównym celem jest wynalezienie niezmiennéj prawdy; a co stanowi główną treść bezwzględności Odraza przeciw metodzie filozoficznéj, usprawiedliwiana pozornie, że, wiedzie tylko do pojęć oderwanych, nie jawiących się w świecie rzeczywistym, nie przeszkadza tym, którzy ją wyrażają, że sami, nieświadomie, użytek z niéj czynią. Cała różnica tych dochodzeń, zawsze przecież filozoficznych, bo dążacych do ustalenia zasady lub ogólnéj myśli, zależy od obrania bliższego lub dalszego stanowiska od idei, wyradzającéj jéj następstwa. Tę cechę ogólności mają dochodzenia i Savignego i Massola, z tą różnicą, że kiedy pierwszy poprzestał na stanowisku prawników rzymskich; drugi w miarę rozwinięcia społeczności, w państwie nowożytnem, w pojęciu zobowiązania naturalnego, bogatszą treść wywieść był w stanie. Prawda nic z swéj zasadności nie traci, czy więcéj jest rozwinięta, czy w ścisłych ramach zamknięta, pojęcie jéj tylko łatwiéj w przeświadczenie się zamienia, gdy jest analizie poddana. Savigny poprzestając na bezpośredniem poczuciu prawników rzymskich, nie myli się, kiedy instytucye prawa cywilnego rzymskiego, uznaje tylko za wyjątki od zobowiązań naturalnych, które za regułę ogólną uważa; tém więcéj, że instytucye te, ktoremi zobowiązania cywilne otoczono, nie mogły się całkiem od wpływu zobowiązań naturalnych uchronić. Czemże są te zobowiązania naturalne? Oto zasadami sprawiedliwości, przy-

znawanemi w każdem państwie. A jak sprawiedliwość ta należy do wszystkich, tém samém wyłącznym przymiotem niczyim nie jest, ale zasadą wspólną. Prawnicy rzymscy niedostatecznie wyróżnili obowiązek moralny od zobowiązania naturalnego, ale się nie ośmielili, znaczenie pierwszego drugiemu dodawać. Massol tém samém, że ograniczył zobowiązanie naturalne, że przyznał mu byt, a nawet do mienia go policzył, tém samém wyróżnił go od obowiązku moralnego, nad którym świat społeczny, chociaż mu uległy, wpływu mieć nie może. Forma społeczna, jest nakazem bożym, któréj człowiek trzymać się musi, wszelki przeto nakaz przez społeczność objawiony, a nawet bez téj zewnętrzności, jéj porządkowi przeciwny, stoi na przeszkodzie, aby czyn temu przeciwny, mógł pociągnąć zobowiązanie naturalne, albo też obowiązek moralny. Jeśli jednak czynność jaka, w niczém nie jest przeciwną owemu porządkowi, a tylko brak nakazu pozbawia ją skuteczności; to jednakże ją osięgnie, gdy się znajdzie w położeniu nakaz ten powodującem. Odgadł przeto Massol naturę tego stosunku, kiedy go do majątku osoby policzył. Obowiązek moralny, zanim w czyn nie przejdzie, cechy téj mieć nie może.

Idea prawa, urzeczywistnia się w państwie, przybierając rozmaite kształty, wedle właściwości narodu, przemieniając postać, wedle miejsca i czasu; przedstawia się, już w formie obyczaju, już prawa stanowionego. Przemiany te przynoszą korzyść ludzkości, bo wyrobione instytucye, mogą być zużytkowane, przez każde inne państwo, w rozwinięciu swem czemkolwiek wstrzymane. Cała ludzkość ma rozdzielone do wyrobienia zadania, o ile do tego jaki lud jest sposobny. Zamknięcie wschodu w sobie, jest jedną z przyczyn braku w niem postępu. To co się odnosi do jednoczesnego wpływu państw między sobą, zastosować można i do przeszłości. Twory jéj, żywią obecne pokolenia, nietylko pod względem sztuki, ale i we względzie społeczeńskim. To nie wyłącza indywidualności państw, ale przyczynia się do wyższego ich

organizmu, nie mechanicznego, ale żyjącego. Gdy przeto, zobowiązania naturalne, należą do stosunków, jawnie w prawie stanowionem, niewykazywanych a główniejsze prawodawstwa europejskie, znaczenie ich do wyobrażeń prawa rzymskiego odnoszą; gdy, każde inne prawodawstwo, nieczyniące nawet wzmianki o tych stosunkach, znaleźć się może w potrzebie uzupełnienia swych postanowień nie bez korzyści może być ich wyjaśnienie podług prawa, ostającego się jeszcze obecnie, pomnikiem nauczającym.

Porównanie kierunku prawa rzymskiego, z dążnością nowszych prawodawstw.

5. Aby nie powoływać do życia tego, co znikło, lub prawdą być przestało, przynależy ocenić kierunek prawa rzymskiego, korzyść jaką na zawsze pozostawiło; i porównać osnowę jego z potrzebami obecnéj chwili, ze zaspokojenia których chrześciaństwo i ożywiona niem postać ludów Europy, zasoby poczyniła. Rzym, tę najistotniejszą przyniósł korzyść dla ludzkości, że w nim po pierwszy raz, wyrobiło się pojęcie osoby prawnéj; w poprzedzającym bowiem czasie, ani Wschód, ani narody Greckie, nie zdobyły się na to uznanie. W państwie starożytnem jako całość, ginęła wszelka osobistość; w niéj zamierały uczucia ludzkości i obyczaju. Tak uprawniona wola w prawie rzymskiem, utrwaliła własność, obroty jéj ustaliła zasadami zobowiązań; przez umiejętne przeprowadzenie następstw ustaliła ciągłość prawa; a na téj drodze postępując, prawo rzymskie dosięgło z ni czém porównać się nie dającéj całości. Zauważyć jednak należy, że samo uprawnienie osoby, bez wywołania odpowiedniego obowiązku, jest kierunkiem zbyt przemagającym; mniéj on jest rażącym, co do własności, stanowiącéj przedmiot prawa; lubo i tu konieczne zachodzą ograniczenia. Wyłączność ta u rzymian dościga prawie wszystkich stosunków. Udzielona władza urzędom nie napotykała żadnych ograni-

czeń. Konsulowie zbierając głosy na zgromadzeniach ludu, mogli je niekiedy odrzucać. Cenzorowie, wedle stanu majątkowego dzieląc lud na klassy, mieli sposobność zamożniejszych, do ostatnich przeznaczać. Decemwirowie, nie mogli zwoływać zgromadzenia ludu, aby władzę swą przewlec. A jakkolwiek po skończonem urzędowaniu, zagrażała odpowiedzialność; w ciągu trwania władzy, samowolność jéj nie napotykała ograniczeń. To objaśnia, dlaczego obwinieni o nadwerężenie praw służących, stanom, na które mieszkańcy Rzymu rozdzieleni byli, stawiani byli przed sąd, skargę wynoszących, a nie przed sąd im równych, lub sędziów niepodległych. Nieograniczone to uprawnienie, odbija się w prawie familijnem, gdy ojciec familii, przy patryarchalnym jéj układzie, z wyłączeniem wpływu państwa, dowolnie z familią mu poddaną mógł postąpić, potomstwo swe sprzedać, lub je życia pozbawić, a zawsze do swego majątku liczyć ich mienie, którem przez testament mógł dowolnie, rozporządzać. Dlatego w prawie familijnem, nierozróżniano stosunków jego organicznych, jakoto: małżeństwa, władzy rodzicielskiéj, ale jéj stopnie, *potestas*, *manus*, *mancipium*. Własność była nieograniczoną, tak iż chociaż wartość ziemi do majątku zaliczaną była, dla ustanowienia wysokości podatku, bezpośrednio ani ziemia ani jéj płody, żadnemu obciążeniu nie ulegały.

Skarga, ze zobowiązań, z obudwu stron, w charakterze tylko domagań uprawnionych dopuszczaną być mogła, a przy zobowiązaniu słownem przez stypulacyą, dłużnik dla zastrzeżenia wzajemnych obowiązków od stypulującego, takowe oddzielną stypulacyą, zapewniać sobie był w konieczności. Ta jednostronność jakkolwiek w postępie czasu, łagodzoną i uchylaną była, przecież charakter tego kierunku, na zawsze pozostał. Granice tak ścieśnione prawa rzymskiego, rozszerzali Pretorowie, zasadami czerpanemi, ze słuszności; *ex jure gentium*. Że po pierwszy raz w Rzymie, pojawiło się prawo, ogołocone z wpływu na nie religijnego i politycz-

nego, dlatego wielu pisarzy (Herder, Jan Müller, Hegel), uznawali, że w dziejowem rozwinięciu, pierwszy Rzym, przyszedł do prawdziwéj idei prawa, i takową urzeczywistnił. Rozwinięcie jednak takowe nie jest zupełne, przemagająca strona uprawnienia, przedstawia tylko prawo z jego podmiotowéj (subjektywnej) strony. Sam nakaz, nie jest jeszcze wiążącym wspólność życia; oprócz nakazu, prawo mieścić winno uiszczenie, świadczyć się winne w formie obowiązku prawnego. Jakoż odwrotny ten kierunek, w późniejszym rozwinięciu prawa rzymskiego już się daje postrzegać; lecz pozostawionem zostało, nowszym narodom, próstem przeczuciem stronę tę przedmiotową, uzupełniać. Samo nazwanie rzymskie prawa: *jus*, nie dalekie od znaczenia, *jugum*, wskazuje jednostronność kierunku, kiedy nazwa prawa, *droit*, *Recht*, odbija myśl, jaką społeczeństwa nowożytne, do niego przywięzują. Prawnicy jednak rzymscy, w epoce ich świetności, obdarzeni wyższą zdolnością wyprowadzania logicznych następstw, nie z oderwanych pojęć prawnych, ale z konkretnych i ściśle oznaczonych ustaw, we wszystkich przypadkach, stawiając godzące się między sobą rozwiązania, utworzyli cudowną całość. W stosunkach jeszcze powtarzających się, wyczerpując istotę i porządek rzeczy, mogą być one wyrocznią, a zawsze pod względem formalnym i starożytnéj prostoty, są wzorem do do naśladowania. Nie idzie tu wreszcie, o ideę prawną rzymską, którąby cofnęła ożywcze usposobienie wieku dzisiejszego, lecz o ocenienie następstw, które z niéj wypłynęły, i są w bezpośrednim z niemi związku, chociaż zostają one podporządkowane nowszym wyobrażeniom.

Porównanie zobowiązań z innemi stosunkami prawnemi.

6. Po skreśleniu w ogólności odnoszenia się prawa rzymskiego do nowoczesnych prawodawstw; przynależy przedstawić w ogólności naturę zobowiązań, aby uwidocznić, jak do ich całości, mają się zobowiązania naturalne. Uwagi

ogólne, dotyczące się zobowiązań mają zastosowanie i do naturalnych. Są one stosunkiem przedstawiającym największą rozmaitość; do własności bowiem nie wiele się łączy instytucyi prawnych, a co się tyczy praw familijnych i spadkowych, te najmniéj samowoli ulegają. Zobowiązania będące w użyciu obecnem, w przyszłości, w miarę nastręczających się potrzeb, mogą się zwiększyć, zawsze jednak ogólnym zasadom, odpowiadać muszą. Przez zobowiązanie wkracza się w zakres woli osoby drugiéj, przez jéj ograniczenie, nie zaś zupełne wyczerpnięcie. Przedstawiają się tu dwie strony, jedna z powiększonemi, druga, że zmniejszonemi prawami; dwie działalności, obowiązek uiszczenia i moc przymusu. Przedniejszą częścią stosunku tego, jest obowiązek uiszczenia. Czynność wywołana siłą zobowiązania, odjąć może część tylko wolności prawnéj osoby, tak miarą jéj objętości, jakoteż i trwania. Jeśli przeciąg trwania, nie jest oznaczony, przerwany być może przez wypowiedzenie; jak to ma miejsce, w pełnomocnictwie lub w współce.

Każdy stosunek prawny zyska bliższe oznaczenie, jeśli się go porówna z innemi, niejakie podobieństwo, z nim mającemi. Zobowiązania w tém się zbliżają do stosunku familijnego, że jak ten, łączy on większą liczbę osób; w tém zaś się różnią; że gdy zobowiązaniem ścieśniają się prawa, takowem łączonych; familia, jako stosunek obyczajowy, rozwija je i kształci. Większe zbliżenie mają zobowiązania z prawami rzeczowemi, z tą jednak różnicą, że w prawie własności, sama osoba jest w zetknięciu z jéj przedmiotem; podobieństwo zaś w tém leży, że tak zobowiązania jako i prawa rzeczowe dotyczą przedmiotów zewnętrznych, ulegają ocenieniu i policzają się do majątku. W porównaniu z innemi stosunkami prawnemi, zobowiązania najwięcéj posługują do zaspokojenia potrzeb, najłatwiéj wedle woli stron zmieniają swą postać, i dlatego w osnowie rozporządzeń prawnych, zobowiązań dotyczących, najwięcéj mieści przepisów pośredniczących; zastępujących nieobjawioną wolę stron.

Co do własności czynności prawnych mogących być przedmiotem zobowiązań, to jedne z nich wymagają bezwzględnego zastosowania oznaczonego przepisu prawa; względem innych czynności prawnych, prawo przepisuje pewne oznaczenia, które jednak strony, wedle swego widoku zmieniać mogą: wreszcie mogą zajść zobowiązania niełączne z żadnym przepisem, ustosunkowanie których woli stron jest pozostawione; możność tę zwą niektórzy *autonomią osoby*.

CZĘŚĆ II.

Zobowiązania naturalne wedle prawa rzymskiego.

Źródło zobowiązań naturalnych.

7. Pojęcie zobowiązania rozłożyć należy, aby zamknięte w niem różnice pogodzić; częściami temi składowemi, aczkolwiek różnemi są: zobowiązanie *cywilne* i *naturalne*. Podawane są też inne podziały, jakiemi są: zobowiązania *jednostronne*, *dwustronne*, *główne*, *dodatkowe*; te odnoszą się jednak raczéj do ich powstania, i dotyczą w szczególności umowy, która sama niewyczerpuje ogółu zobowiązań.

Zobowiązania naturalne, mają związek ze sposobami naturalnemi nabycia własności, naturalnem pokrewieństwem; inna tylko przyczyna przedstawia je takiemi. Różnica zobowiązań naturalnych, od cywilnych mieści się w źródle ich pochodzenia, w zdolności prawnéj osobistéj, a nakoniec w sile ich i skuteczności; to wszystko aczkolwiek jest różne, mieści w sobie łączność. Zobowiązania, ze względu na ich pochodzenie, są cywilnemi albo naturalnemi (ex jure gentium). Namienić jednak wypada, że ostatnie, przybierają przymiot zobowiązań cywilnych, jeśli za takowe, zostaną przyjęte. Rozróżnienie zobowiązań cywilnych, naturalnych, niema téj

własności, iżby było podstawą podziału, na dwa te rodzaje zobowiązań; raczéj przymiot zobowiązań naturalnych, jest wymagający, a cywilne stanowią tylko wyjątek od ogółu; dlatego w skutkach, zobowiązania te nie różnią się. To zlanie się zobowiązań w jedną całość, tę ma jasną przyczynę, iż zobowiązania z prawa narodów, uzasadniają się bezwzględną sprawiedliwością, poczucie któréj, objawia się wszędy, wypływając z potrzeb życia, i wspólnego kształtu żywotnego w jakim przeznaczenie boskie człowiekowi trzymać się rozkazało. Wyjaśnienia te, wiodą do wykazania, że właściwie dowolne rozporządzenia prawa, stanowią zobowiązania cywilne.

Do zobowiązań naturalnych, przynależą: *a*) zobowiązania powstałe wolą stron, co ma miejsce w umowie; *b*) powiększenie mienia uszczerbkiem drugiego; *c*) skargi z przestępstw, ograniczone wynagrodzeniem. Do czysto-cywilnych, należą: czynności dopełniane w sposób prawny oparty na dowolnym zwyczaju, takiemi są. *a*) *litterarum obligatio*, polegająca na rachunku domowym, przez obywatela rzymskiego prowadzonym; *b*) *nexi obligatio* (per aes et libram) w obecności pięciu świadków; *c*) przynależą tu także stypulacye, będące właściwą formą u Rzymian zawiązywania zobowiązań, przez użycie będących we zwyczaju pytań i odpowiedzi. Zobowiązaniami cywilnemi, są także instytucye, mające na celu, przywrócenie praw obrażonych, do których przynależy, *rzecz osądzona* (res judicata) wymaga bowiem interes porządku, aby rzecz osądzona, choćby kryła niesprawiedliwość, wykonaną była. Należą tu także wynagrodzenia, z powodu przestępstw, jesli te, nie są przywróceniem obrażonych praw. Obowiązek ten znikając czasem, obecnie małe tylko po sobie pozostawił ślady. Nastręcza się tu uwaga: że gdy byt zobowiązań czysto-cywilnych, nie jest konieczny, nikną one w prawodawstwie Justyniana.

Pod względem zdolności prawnéj, wiązania się naturalnie, takowa służyła wszystkim mieszkańcom państwa

rzymskiego, nie wyłączając cudzoziemców; kiedy w zobowiązaniach cywilnych mogli tylko mieć udział, obywatele Rzymu i ta przeto zdolność prawna, z przymiotu obywatela, stanowiła wyjątek. Przeświecający byt woli w zobowiązaniach czysto-cywilnych, wpłynąć jednakże musiał, na ich zmiany. Już między stronnikami szkół, Prokulejanami a Sabinianami wynikł spór: o ile cudzoziemcy zobowiązaniem, *litterarum obligatio*, wiązani być mogli, Prokulejanie zdolności téj im odmawiali, kiedy Sabinianie, ograniczenie to stosowali tylko, przy *transcriptio a persona in personam*, a nie *a re in personam* (Gajus L. 3 § 133. Niepewność tę objaśnia zwyczaj zachowywany przez obywateli Rzymskich, prowadzenia rachunku domowego, (codex accepti et expensi). Obowiązek ten cudzoziemców nie ciążył. Rachunek ten, nie będąc wspólną czynnością wierzyciela i dłużnika z wiadomością tylko ostatniego prowadzony, był dla niego obowiązującym, jednostronność przeto dowodu, łatwo stać się mogła uciążającą względem cudzoziemca.

Nexi obligatio, na równi z *mancipatio*, z którą ma blizki związek, mogło być tylko udziałem obywatela rzymskiego, z wyłączeniem cudzoziemców. Wątpić nawet należy, aby (tak jak i mancypacyi), Latini, byli w prawie formy téj używać, przy zawieraniu zobowiązań (Gajus L. 1, § 119. Ulpian XIX, § 4, 5.

Jakkolwiek i stypulacya, była właściwością samych Rzymian, z powodu jednak szerzących się stosunków z cudzoziemcami, tak w samym Rzymie, jak i zewnątrz i wynikających ztąd obrotów, rozszerzyło się użycie stypulacyi w czynnościach z cudzoziemcami, wyjąwszy wyrażanéj w formie, *spondeo*, *spondes*, zachowującéj dawniejszą ścisłość i uroczystości, dla których przez samych tylko Rzymian, używaną być mogła. Rzymianie ulegając zgodności pojęć, których się sami trzymali; nawzajem formy uroczyste używane przez cudzoziemców, za obowiązujące także uważali (Gajus L. 3, § 93, 134).

Do skarg na drodze karnéj, może tylko upoważnić przepis prawa stanowionego; dlatego i skargi takie, przynależyć muszą do wiodących do zobowiązań cywilnych; lecz objąć one musiały i cudzoziemców, i zmiana ta, z samego porządku rzeczy nastąpić musiała; dopuszczonem bowiem być nie mogło, by cudzoziemiec mógł się wśród Rzymu bezkarnie przestępstw dopuszczać, albo sam niemi być dotknięty. Rzymianie w rozwijaniu prawa swego, usiłując zachować jego ciągłość, przez fikcyą w dochodzeniu karnem, przeciw cudzoziemcowi, nadawali mu przymiot Rzymianina (Gajus L. 4, § 37).

Zobowiązania pod względem skarg, jakie za sobą pociągają.

8. Zobowiązania, albo pociągają za sobą skargę, albo jéj są pozbawione. Jak widzieliśmy ograniczają one cząstkowo wolność osoby, skutkiem saméj skargi. Od istnienia przeto jéj, jako zmuszającéj, zależy istnienie zobowiązania. Ta prosta następność nie zawsze się jawi, są bowiem przypadki, w których zobowiązanie, pośrednio i przypadkowo, staje się skutecznem, a takiemi są zobowiązania ściśle naturalne. Zobowiązania przyjęte z prawa narodów, jako opierające się na słuszności, i na właściwym porządku życia społecznego, i prawem cywilnem objęte, ze względu tylko na ich pochodzenie, przez brak ścisłości w wyrażeniu, noszą niekiedy nazwę zobowiązań naturalnych; przecież skutkując skargę, niczem się nie wyróżniają, od innych praw cywilnych. Uznanie bytu zobowiązań, nie pociągających za sobą skargi, nie stanowi zasady podziału zobowiązań, ale jest wyjątkiem, w zbyt małéj liczbie. Niemożność użycia skargi, odejmuje danemu stosunkowi znaczenie zobowiązania; niema tu ani wierzyciela, ani dłużnika. Dług przedstawia się jako *indebitum*. *Civiliter obligari*, ma znaczenie możności użycia skargi, bez względu na jéj pochodzenie z prawa narodów lub cywilnego i obojętnem jest czyli skarga, jest *actio*

civilis. honoraria, albo *extraordinarium judicium*. (L. 10, L. 178. Dig. de verbor: signif. L. 42 §, D. de obligat. et actio). Niekiedy wyrażenie, *actio civilis*, posługuje do wykazania pochodzenia jéj z prawa cywilnego. *Naturalis obligatio*, oznacza jéj bezskuteczność, a jeżeli użyte jest, gdzie rzeczywiście skarga jest dopuszczalną, to równie tylko dla wykazania, zkąd dany stosunek prawny, czerpie swe źródło: *condictio indebiti*, chociaż upoważniająca do skargi, ze względu na jéj pochodzenia, nazwana jest *naturalis*. (L. 15 pr. D. de conduit indebiti). Z poglądem tym stoi, w sprzeczności, wyrażenie się Juliana: „Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicuntur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.“ (L. 16, § 4, de fidei), Savigny tak wyjaśnia osnowę prawa tego. Jako *naturales obligationes* (tojest z prawa narodów płynące) nietylko te poczytywać należy, które tworzą skargi, jakie się najczęściéj wydarzają, a jakiemi są: kupno, najem, pożyczka, ale i te które wyłączają żądanie zwrotu uiszczonéj wypłaty błędnie dopełnionéj. Inni prawnicy, a między nimi Bangerów, Unterholtzner, inną myśl w fragmencie tym upatrują, a w szczególności, że odnosi się on do zobowiązań skargi pozbawionych, a wzmiankując o takowéj, odnosi się do ważnych, jakiemi są poręczenie, zakład, któremi zobowiązanie naturalne, ubezpieczone zostało. Massol, wyrażenie powoływanego prawa także odnosi, do zobowiązań skargi pozbawionych; lecz zarazem uwidocznia jego związek, że rozwinęło w prawie rzymskiem teoryą skarg *praescriptis verbis*; wyjaśniając: że początkowo, stronie ogołoconéj z prawa wynoszenia skargi, z powodu czynności nie dającéj do tego prawa, pozostawała tylko przykrość z doznanego zawodu (jus poenitendi). Następnie usiłowano coś skuteczniejszego obmyślić, i mniemał Julian, że na taki przypadek,

posługiwać winna, *actio in factum*; w końcu dopuszczono i tu skargi cywilnéj. Jakoż w epoce Juliana, i podług jego zdania, zaszłe *pactum*, za liczone do zobowiązań naturalnych, upoważniało do akcyi *in factum*.

Podział zobowiązań na mere civiles, mere naturales i mixtae.

9. Podział ogółu zobowiązań, przez niektórych prawników powoływany, na *czysto-cywilne*, *czysto-naturalne*, i *mięszane*, łączące obiedwie ich własności, jakkolwiek zdawałby się odpowiadać podanym wyobrażeniom, do takowych odnoszącym się; przecież odrzucony być winien, nietylko jako nieużyty przez prawników rzymskich; ale i jako mogący doprowadzić do fałszywych następstw. Podział rzeczony, nastręcza myśl, iż zobowiązania klassy jednéj, wyłączają należące do drugiéj; témczasem zobowiązania obudwu tych klass, albo się uzupełniają, albo konieczny wpływ na siebie wywierają. Stypulacya, w wyrażeniu *spondes*, *spondeo*, niewątpliwie przynależy do zobowiązań cywilnych; tém czasem, gdy przytém użyto podstępu: *exceptio doli*, przynależąca do zobowiązań naturalnych, przeciw zobowiązaniu cywilnemu ze stypulacyi użytą być mogła. Z drugiéj strony; zakaz lichwy lub gry, lubo przynależy do prawa stanowionego, to jednakże, gdy do prawa narodów także należy, aby stanowione prawa skuteczność miały: zobowiązania pochodzące z lichwy lub gry, istnienia nawet, jako zobowiązania naturalne mieć nie mogą. Nie wszystkie jednak zakazy prawa stanowionego tak niszczący wpływ na byt zobowiązań naturalnych mają, ale tylko przymusowe i ściśle wzbraniające:

Przynależenie zobowiązań naturalnych do majątku osoby, jako najistotniejsza poznaka ich bytu.

10. Oznaką najistotniejszą istnienia zobowiązania na-

turalnego, według Massola jest, gdy to policzone być może, do mienia osoby. Niemożność wynoszenia z nich skargi, i nieodwołalność ich wykonania, nie są tak stanowczemi cechami; gdyż skarga, nie może być także wnoszoną, gdy jéj prawo zabrania; w tym razie niemożność żądania zwrotu, powoduje *turpis causa*. Zarachowanie zobowiązań naturalnych do ogółu majątku osoby, najdotykalniéj rozróżnia je od obowiązku moralnego. Samo przyznanie prawem, istnienia takiego stosunku, jest dowodem jego bytu, który dotyczyć musi oznaczonéj osoby. Sam Savigny nie jest daleki od takiego poglądu, kiedy stosunki wypływające z prawa cywilnego porównał z własnością *ex jure gentium*, a ze zobowiązania naturalnego do posiadania, *in bonis*. Obowiązek moralny nie jest żadnem mieniem; prawodawca, nie przywięzuje do niego żadnych skutków; kiedy przeciwnie, aczkolwiek w sposób ograniczony, oznacza je co do zobowiązań naturalnych. Weber i wielu innych pisarzy, zmięszali te różniące się między sobą stosunki. Obowiązek moralny, sam z siebie nie mając oznaczenia, nie może mieć rzeczywistych skutków, a osięga je jedynie uiszczeniem, już bowiem sama wypłata, stanowi jego oznaczenie, która po jéj wykonaniu cofaną być nie może. Wypłata, jest szczodrobliwością zwiększającą jednocześnie mienie, do którego poprzednio zaliczaną być nie mogła. Obowiązek moralny, może tu tylko stanowić przyczynę prawną. Zobowiązanie naturalne przynależy do mienia, stwierdza to: L. 40, D. ad SC. Trebell: ,,Quamvis Senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae jure civili, heredi et in heredem competunt: tamen honorariae omnes transeunt. Nulla enim separatio est. Imo et causa naturalium, obligationum transit.'' Dlatego wierzyciel, będąc spadkobiercą swego dłużnika, przedewszystkiem może podnieść, ze zobowiązania naturalnego, przypadającą mu należność. (L. 95, § 2, D. de solutio: et liberatio); zmniejszona, tém wysokość spadku, wykaże, o ile legataryusze, z ta-

kowego zaspokojeni być mogą. Osoba, względem któréj zaciągnięto obowiązek moralny, w takiż sposób postąpić nie jest w prawie, spadkobierca, zaspokaja siebie, wtenczas tylko, gdy na rzecz jego w spadku istnieje, *aes alienum*. Zobowiązanie naturalne, jako mienie, może być ustąpione, legowane, a nawet samemu wierzycielowi. (L. 17 D. de hereditate vel actione vendita. L. 18 Cod. de legat. Instit. Justin. § 14 de legatis). W tym przypadku legataryusz, nietylko zyska pierwszeństwo, w zaspokojeniu, przed innemi legataryuszami, ale i nieulegnie zmniejszeniu, z powodu przynależnéj jednéj czwartéj części na rzecz spadkobiercy; zobowiązanie bowiem naturalne przyznane, zmienia się na dług cywilny. Inny mieć będzie skutek, legat spowodowany obowiązkiem moralnym; takowy zarachowany być musi dla ocenienia wysokości spadkn, w miarę któréj obliczają się prawa spadkobiercy.

Uznanie zobowiązań naturalnych za mienie, prowadzi za sobą, że przy wypłacie nieoznaczonéj procentów, takowe się rozdzielają między wierzycieli, zobowiązań cywilnych i naturalnych (L. 5, § 2, Dig. de soluti onibus), że, różniąc się tém od darowizn, z powodu niewdzięczności, lub przybycia dziecka, odwołane być nie mogą; dla obliczenia części należnéj ze spadku dzieciom, nie policza się im to, co ze zobowiązania naturalnego im przynależy; zaspokojenie żony w ciągu małżeństwa za jéj należność, przypadającą ze zobowiązania naturalnego; nie jest darowizną wzbronioną między małżonkami (L. 5, § 2, D. de solution. L. 9, Cod. de in oficiosis donat.). Znaczenie jakie przywięzujemy, do istnienia zobowiązań naturalnych, nie jest w sprzeczności, z wyrażeniami się prawa rzymskiego, jakoby zobowiązania naturalne, nie były w ścisłem znaczeniu zobowiązaniami; albowiem prawnicy rzymscy są we zwyczaju, brać skargi, za same zobowiązania; niewątpliwem zaś jest: że skargi ze zobowiązań naturalnych, nie wynikają; dlatego, w miejsce ustąpić winnych praw, tytułów, wyrażają, *praestare actiones* (L. 5, D. de so-

lutio: L. 10, Dig. de verborum significat. L. 36, D. de fidejus.).

Skutki zobowiązań naturalnych.

11. Zobowiązania naturalne o ile są istotnie niemi, pociągają wszystkie właściwe im skutki; wyłączenie z nich niektórych, mięsza ich znaczenie z powinnościami moralnemi (Savigny nie dopuszcza w tym względzie stałego prawidła). Skutkami temi są: 1) Niemożność żądania zwrotu; 2) stawienie za nie, zakładu, zaręczenia; 3) wspólność obowiązku, lub go ponowienie przez *constitutum*; 4) stwierdzenie; 5) odnowienie; 6) prawo kompensacyi lub zatrzymanie.

Obowiązek moralny nie mieści długu; skutki jego w zobowiązaniach naturalnych.

12. W zobowiązaniu naturalnem, domyślny jest zawsze dług, nie istniejący w obowiązku moralnym. *Condictio indebiti*, wiodąca do żądania zwrotu, nienależnie od nastąpionéj wypłaty, opiera się na słuszności, na prawie narodów; lecz byłoby to ich obrazą, gdyby się można było upomnieć o zwrot długu, ze zobowiązanie naturalnego należnego. Inaczéj rzecz się ma, co do obowiązku moralnego; takowy, sam przez się niema oznaczenie; powinność moralna, nie da się liczbą określić. Mający prawo do obowiązku moralnego, nie może go do swego majątku zaliczać; przecież, przez spełnienie go, przybiera on pewność i dotykalność, i zwrot uiszczenia dokonanego, nie może mieć już miejsca. Przyczyna, jako warunek zobowiązania, w prawie rzymskiem, niema znaczenia odpowiedniego francuzkiemu; samo wykonanie woli, już ustala, zaszły stosunek. Chociaż prawo legalizuje wykonanie obowiązku moralnego, nie przybiera on jednak znaczenia zobowiązania naturalnego, pozostając tylko szczodrobliwością.

Condictio indebiti, tamuje nienależne zwiększenie mienia, bezmyślnie ustąpionego. Wielu z prawników, a między niemi Savigny, są mniemania, że *condictio indebiti*, usprawiedliwia tylko błąd wyraźny lub domyślny; i czynią rozróżnienie: iż w zobowiązaniach naturalnych, błąd nie upoważnia do żądania zwrotu, a przeciwnie, co do obowiązku moralnego, takowy jest skuteczny. Teorya ta jest błędną i textowi prawa nieodpowiednią. Tak kobieta, dająca mężowi posag, do którego z prawa nie jest obowiązana, chociażby błędnie mniemała: że ją do tego prawny obowiązek wiąże, o zwrot takowego upominać się nie może; albowiem jak się prawo wyraża: „sublata falsa opinione, relinquitur, pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest," (L. 32, D. de condictio indeb.). Wyzwolony, chociażby błędem wiedziony na rzecz dawnego pana, spełniał jakie przysługi, niema prawa do żądania wynagrodzeń, i chociaż text prawa wyraża się: „Natura enim operas patrono libertus debet" (L. 26, § 12, D. de condict indebiti), wyrażenie to jednak „natura" niema znaczenia zobowiązania naturalnego lecz spełnienie przysług nieprzyrzeczonych „pietatis causa." Stosunki te jednak prawne, przed ich spełnieniem, ani do majątku wierzyciela policzone być nie mogły, ani zapewniane poręczeniem; nie pociągając przeto za sobą skutków koniecznych zobowiązań naturalnych policzane do nich być nie mogą. Zapatrywanie powyższe, nie jest także w sprzeczności, z osnową L. 18 Cod. de usuris: Wprawdzię wedle osnowy textu tego, procenta nie stypulowane, chociaż zapłacone, zwrotowi ulegają, zdawać by się mogło, że prawo to do powrotu służyćby nie powinno, zawsze bowiem wypożyczający doznał był dogodność, za którą ciąży go, chociaż obowiązek moralny wdzięczności, zapatrywanie się to jednak, odpowiada tylko nowszym wyobrażeniom, przywiązującym korzyść do posiadania kapitału pieniężnego, nie podzielał ich jednak ani Rzym, ani wieki średnie.

Wypłata po wykonanéj w porze przysiędze, cofniętą

być może, spełnienie jéj bowiem, usuwając wszelkie podejrzenie, bezzasadność takiego żądania jawną czyni, wyjątkiem byłaby tu zbyt jawna okoliczność wykazująca obowiązek wdzięczności.

Zabezpieczenia zobowiązań naturalnych: zaręczenie, zastawa, niepodzielność rzeczowa. Wątpliwości Holtiusa.

13. Zobowiązania naturalne upewniane być mogą przez zaręczenie, zastaw, niepodzielność rzeczową zobowiązań, przez późniejsze przyrzeczenie, *constitutum*. Obowiązek moralny, nie będąc rzeczywistym długiem, w takiż sposób ubezpieczony być nie może. Zaręczenie, jest tu rzeczywiście dopuszczalne; stwierdza to text prawa: „Fidejussor, accipi potest, quoties et aliqua obligatio, civilis vel naturalis cui applicetur" (L. 16 § 3. D. de fidejussoribus). Zastaw na takiż cel stawiony być może. „Res hypotecae dari posse sciendum est, pro quacunque obligatione.... vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali." Holtius dla wykazania, że zobowiązania naturalne nie mają prawnego znaczenia, i kryją tylko obowiązek moralny: opiera się na osnowie prawa (L. 2 D. quae res pign.), obejmującego: że ręczyciel za dług syna familii, może się bronić excepcyą ex S. C. Macedoniano; który jednakże uznany jest, za zobowiązanie naturalne. Lecz text ten odnosi się do szczególnego wypadku; mianowicie: gdy poręczenie, stawione zostało; nie za dług, jako syna familii, o stanie którego, zaręczający mógł nawet, nie wiedzieć. Inny text, którym się Holtius posługuje, wyraża: że zwolnienie dłużnika, skutkuje zwolnienie ręczyciela (L. 60 D. de condictione indebiti), lecz i zarzut ten, jest bez znaczenia, kiedy jak to następnie wykazanem zostanie, rzecz osądzona umarza nawet zobowiązanie naturalne. Usiłujący wykazać niedostateczność zaręczenia za zobowiązanie naturalne, przywiązują wiele wagi do tego, iż poręczyciel musiałby by być na taki przypadek stawiony w miejsce wie-

rzyciela (L. 19 D. qui potiores); kiedy znowu wierzyciel w zobowiązaniu naturalnem, nie mając sobie służącéj skargi, takowéj by przekazać nie mógł ręczycielowi. Przecież niemożność ta wiadoma ręczycielowi, nie jest jego czynem, a w każdym przypadku, skarga obejmuje tylko prawa i tak też się wyraża text prawa: „compellendus sit jus nominis cedere,“ a które przecież ustąpione być mogą. W ogólności ręczyciel odpowiada o tyle, o ile zaręcza jako za dług naturalny. Jakoż zaręczenie może być przedmiotem sporu, nie wyłączając tego że i samo zaręczenie może się okazać tylko zobowiązaniem naturalnem.

Zaręczenie za zobowiązanie naturalne jest rzeczowe, gdy obok jedności przedmiotu więcéj jest dłużników (correi), stosunek ten, jak się wyrażają, jest przedmiotowym (objektywnym). Zaspokojenie należności przez jednego, zwalnia innych. W zobowiązaniu przedmiotowem, zaspokajający wierzyciela, nie może mieć regressu do głównego dłużnika, z zobowiązania naturalnego, ani takowego usprawiedliwiać może ta okoliczność, że na rzecz dłużnika głównego działał: nie miał bowiem prawa, pogorszać położenie dłużnika naturalnego, przeciw któremu poprzednio żadna skarga, nie służyła (L. 62, D. ad legem Falcidiam S. 2, Cod. de duobus reis.

Constitutum.

14. Będąc powtórzonem przyrzeczeniem zaspokojenia długu własnego lub obcego, nie może przenosić wysokości poprzedniéj należności i takowa musi przynajmniéj mieć byt chociaż jako zobowiązanie natnralne; obowiązek moralny, jest tu niedostateczny, i przez *constitutum*, na zobowiązanie zamieniany być nie może.

Stwierdzenie.

15. Już, *constitutum* jest pewnego rodzaju stwierdzeniem. Można go użyć w zobowiązaniach naturalnych, jako

mających uznany byt. Obowiązku moralnego, nie mogącego stanowić zobowiązania zupełnego, stwierdzenie w niczem nie zmienia. Stwierdzenie, w danym stosunku, zwiększa prawo wierzyciela, może nastąpić bez jego wiedzy; nie można bowiem dopuszczać, aby działaniu na swą korzyść, mógł być przeciwny. Dlatego do ważności stwierdzenia, w czasie jego objawienia, dłużnik tylko winien mieć zdolność prawną, skutek zaś wsteczny saméj czynności odnosi się do wierzyciela.

Odnowienie.

16. Nowacya, jest zastąpienie poprzednio istniejącego zobowiązania, zawiązaniem nowego; dlatego przynależy, aby przedewszystkiem, dawniejsze miało istnienie, bez rozróżnienia, czyli ono jest cywilne, lub naturalne. Obowiązek moralny jest tu niedostateczny, jako mogący tylko być przyczyną zawiązania nowego, samodzielnego zobowiązania. W miejsce cywilnego przez nowacyą wstąpić może zobowiązanie naturalne. „Obligatio, quae processit, novari verbis potest, dum modo sequens obligatio, aut civiliter teneat aut naturaliter.“ (L. 1, D. de novationibus). Takiéj przemianie nie sprzeciwia się wyrażenie Gaja (Commen. III, § 176). „Non idem juris, si a servo stipulatus fuero; nam tunc proin de obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem.“ Miejsce bowiem to dotyczy wypadku, gdy przy stypulacyi, jako zwykłéj formie, zamienienia poprzedniego zobowiązania na inne, użyty jest niewolnik, nie mający interessu w przedmiocie zobowiązania, a w skutek tak nieważnéj nowacyi, dawniejszy stosunek pozostaje w swéj mocy. Stypulacya niewolnika, nie będąc ważną cywilnie, ostać się także nie może, jako obowiązek naturalny.

Obok zobowiązania cywilnego, wchodzącego w miejsce naturalnego, to ostatnie ginie, i jakkolwiek rozciągłość zobowiązania dłużnika, przeszłością miarkowaną być może, nie dotyczy to samego węzła prawnego, któréj tém ściśléj tłomaczyć należy. Dłużnik, w zobowiązaniu odnowionem,

uiszczając się z obowiązku zaciągniętego, nie może zwracać żądania o wynagrodzenie do poprzedniego dłużnika, jako bowiem osoba trzecia, był w prawie, obcy dług zaspakajać, ale nie czynić go uciążliwszym. Podobny stosunek, ulegał już rozbiorowi, przy ocenieniu prawa żądania zwrotu, ze strony ręczyciela, zaspakajającego należność ze zobowiązania naturalnego.

Kompensacya.

17. Wielu prawników, a między niemi i Savigny, twierdzą że kompensacya, przeciw należnościom, z obowiązań naturalnych, przeciwstawiana być może. Sposób ten, załatwiania zobowiązań, odnoszący się do zobowiązań naturalnych, pilniejszego rozejrzenia wymaga. Massol, przekonanie wzbudzającym wywodem, wykazuje związek jéj, z prawem zatrzymania, ograniczając kompensacyą należności naturalnych, do czynności, mających z sobą bezpośredni związek. Wiele usunęłoby trudności, gdyby zwracano uwagę na łączność, jaka między kompensacyą a prawem zatrzymania, zachodzi. Możność zatrzymania, utwierdza uczucie sprawiedliwości. Dłużnik, a zarazem będący wierzycielem, nie powinien być zmuszany do spełnienia obowiązku z jego strony, dopóki sam nie zyska zaspokojenia; jednostronnie bowiem uiszczając się doznałby większéj trudności wzajemnéj należności. Ponoszący koszta na zachowanie obcéj własności, lub przez nią na takowe narażony, ma prawo oczekiwać, iż może przedmiot własności, aż do zupełnego siebie zaspokojenia, zatrzymywać. (Inst. Justin. § 30, de rerum divisio. L. 33, D. de condict. indeb. L. 45, § 1. D. de act emp. et vend.). Prawo to służy pełnomocnikowi (L. 25 D. in feni de Procur.). W. L. 31, § 8, D. de aedilit. edict. wyrażono: że przedawcę przedmiot ustąpiony, zatrzymać może, dopóki sam zaspokojony nie zostanie. Z zasad przywiedzionych przyjąć należy: że prawo zatrzymania służy nietylko właścicielowi, ale i wierzycielowi; że do zatrzymania upoważniają

koszta, łożone na przedmiot, lub tym zrządzone; że wreszcie pełnomocnik, ograniczony nie jest w prawie zatrzymańia, samemi kosztami, na posiadany przedmiot wyłożonemi. Zawsze jednak zachodzi konieczność łączności długu, z rzeczą zatrzymaną. Prawo to przynosi najwięcéj korzyści w zobowiązaniach naturalnych, tu bowiem wierzyciel bezpośrednio zyskuje zaspokojenie, a zatrzymanie uzupełnia niemożność użycia skargi. L. 7, § 1. D. de rescindenda venditione, dozwala użyć prawa zatrzymania, przeciw nieletniemu, jako nabywcy, bez przyzwolenia opiekuna: „atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut sciliter ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant.“ Na zasadzie prawa zatrzymania, wierzyciel będący w posiadaniu zastawu, jest w prawie go zatrzymać, dopóki we wszystkich należnościach pismem poświadczonych, zaspokojonym nie zostanie (L. unica et enim ab chirograf). „Ut si in possessione fueris, constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt: quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.“ Text wyjątku tego, ma znaczenie, że wierzyciel przeciw dłużnikowi, może się bronić zarzutem podstępu. Prawo bowiem zatrzymania płynie z zasad słuszności; wierzyciel posiadający zastaw, może zawierzać, że nim zaspokojony zostanie, za przeszłe i przyszłe długi; sam zastaw jest rękojmią wypłacalności dłużnika, nie może go przeto tenże cofać, lub zbywać, i tém wierzyciela na szkody narażać. Prawo zatrzymania, nie może jednak być stawiane, przeciwko mającemu hipotekę; ma ono bowiem tylko skuteczność, między dłużnikiem a wierzycielami nieuprzywilejowanemi. W końcu, myśl powoływanego textu prawa, do-

tykalnie usprawiedliwia prawo zatrzymania, z powodu zobowiązań piśmiennych naturalnych, żądanie bowiem zwrotu zastawu, bez zaspokojenia, długu, nie mogącego być dochodzonym, przez skargę sądową, obrażałoby wszelkie uczucie przyzwoitości.

Na powyższem wyświeceniu opierając się: kompensacyą w zobowiązaniach naturalnych, ograniczyć należy tylko do tych wypadków, które upoważniają do zatrzymania. Pominąć przeto tu należy zdania tych autorów, którzy niewykrywając w przedmiocie tym stałego prawidła, przychodzą do różnych wniosków, w miarę nastręczających się okoliczności.

Powody wyczerpnąć się dające z textu prawa, usprawiedliwiające użycie zwykłéj kompensacyi, czy to w obowiązaniach *stricti juris*, czy *bonae fidei*, a nie dające się zastosować do zobowiązań naturalnych są: uniknienie bezpotrzebnego, kolejnego zbiegu skarg (L. 3, D. de compensat.); jak niemniéj, w celu zapobieżenia podstępnemu działaniu. „Dolo facit, qui petit, quod redditurus est,“ (L. 8 D. de doli mali et metus exceptione, Inst. Just. de action § 30). Niemożność przeto wynoszenia skarg, z powodu zobowiązań naturalnych, nie odpowiada potrzebie kompensacyi, dla któréj w użycie wprowadzona została; nadto zastosowanie jej bezwzględne w zobowiązaniach naturalnych powiodłoby do zgubnych i rażących następstw, czego niedopuszczał zdrowy i praktyczny zmysł prawników rzymskich; jak o tém przekonać mogą następne przykłady. Nieletni, będąc wierzycielem znacznéj kwoty u osoby trzeciéj, zaciąga u téjże dług; a chociażby na drodze restytucyi, nieważność zaciągniętego obowiązku wykazał; podług przyjętéj powszechnie zasady, dług pozostając obowiązkiem naturalnym, na drodze kompensacyi uda' remniłby, pierwszą niewątpliwą należność. Takież następstwo miałoby miejsce, w przypadku; gdyby syn familii, zaciągnął pożyczkę u dłużnika ojca swego; gdyż pomimo jéj nieważności ex S. C. Macedoniano, takowa zostając się zobowiązaniem naturalnem, po objęciu spadku po ojcu, służy-

łaby, za środek kompensacyi, ważnéj wierzytelności spadkiem nabytéj. Obok tych zasad wywodzonych, z samego porządku rzeczy; wspierają je nadto, same texta prawa. Lubo z wyrażenia w prawie L. C. D. de compensatio: „Etiam quod natura debetur venit in compensationem,“ autorowie: Savigny t. IX, str. 48, Mühlenbruch, (Doctrina pandectar t. I, str. 223), wnoszą: że kompensacya, bezwzględnie, w zobowiązaniach naturalnych ma miejsce; rzeczywistość jednak takiego poglądu, powiodłaby do zgubnych skutków; zwłaszcza przy systemie formalnym, gdzie każde skazanie, będąc wyrażone w kwocie pieniężnéj, wiodłoby do kompensacyi. Możnaby z zupełną pewnością twierdzić; iż kompensacya téj rozciągłości, w zobowiązaniach naturalnych zastosowania niema; świadczy o tém historya saméj instytucyi. Początkowo miała ona miejsce, gdy obiedwie należności pochodziły, z jednego źródła, jak naprzykład między sprzedającym a nabywcą, i o tego tylko rodzaju kompensacyi Gajus, w komentarzach swych wzmiankę czyni (Comm. IV, § 61. Zastosowano ją następnie do zobowiązań *bonae fidei*, tak że należności ze sprzedaży, kompensowane być mogły z długiem, ze współki; wreszcie dopuszczono jéj i w zobowiązaniach, *stricti juris*, (Inst. Jus. de actionibus § 30). Powoływane prawo L. 6, de compensatione, dotyczy należności, z jednakowego źródła, *ex eadem causa*. Fragment ten, będący wyjątkiem z komentarza Ulpiana nad Sabinem, odnosi się do epoki dawniejszéj, i być może że Ulpian, powtórzył tylko to, co Sabin do zobowiązań naturalnych stosował, w których kompensacya, tylko *ex eadem causa*, mogła mieć miejsce. Tak ścieśniając kompensacyą, ogranicza się ją także, do tych tylko wypadków, gdzie służy prawo zatrzymania. Prawem tém można odpierać żądania niezdolnego, jeśli bowiem ten ważnie drugich zobowiązywać może, nieulegając sam przyjętym obowiązkom; to gdy ich przyrzeczenie na rzecz strony przeciwnéj, stanowi osnowę własnych jego domagań się,—odpowiedniem jest porządkowi rzeczy: aby całość zobowiązania zy-

skała urzeczywistnienie Potwierdza to wyrażenie się prawa, dotyczącego kupna nabytego przez nieletniego „ipse non teneatur, sed agente eo, retentiones competant." Gdyby prawo zatrzymania przeciw nieletniemu, wykonywane być miało, *ex alia causa*, nie sprawdzałby się ten konieczny warunek: iż takowe jest wypływem jego woli; raczej byłaby to pomoc dla podejść, na które się oburza prosty rozsądek.

Dopuszczając kompensacyi, *ex dispari causa*, nie miałaby ona już miejsca w tych przypadkach, w których służy prawo zatrzymania; bo przy zejściu zobowiązań różnéj natury, prawo zatrzymania, nie służy. Przy zetknięciu się z obudwóch stron wzajemnych zobowiązań, z których jedno jest cywilne. a drugie naturalne, kompensacya uzupełnia całość umowy, nie mogącéj ulegać rozdziałowi; i w takim tylko przypadku, kompensacya przedstawia się, przy zastosowaniu jéj do zobowiązań naturalnych, jako środek odpowiedny sprawiedliwości i rozumowi.

Ponieważ kompensacya pierwiastkowo stosować się tylko mogła do wypadków, nadających prawo zatrzymania: wynika z tego, iż nie istniała z samego prawa, ale sądownie wyrzeczoną być musiała przyczém, jak z samego porządku rzeczy płynie, nielikwidalność należności ani trudności w jéj wykazaniu, stać nie mogły na przeszkodzie w jéj dopuszczeniu.

W zbiorze Justyniana, nie wiele pomieszczono przepisów dotyczących prawa zatrzymania: z powodu dozwolonego rozciąglejszego użycia kompensacyi; opierając się jednak na saméj sprawiedliwości, na prawie przyrodzonem, pozostało w całéj jego osnowie, nie mogąc ulegać dowolności prawodawcy; jak to mu służy, w przedmiocie przepisów prawa cywilnego. Prawnicy utrzymując: że kompensacya stosuje się bezwzględnie do zobowiązań naturalnych, po większéj części opierają się na wyrażeniu L. 6 de compensatio: powyżéj powołanem: znaczenie którego, doprowadzające do innego

wniosku, wyjaśnione zostało; Savigny dopuszczając bezwarunkowéj kompensacyi, w zobowiązaniach naturalnych, wychodzi z wyrażenia się L. 20, § 2, D. de statu liberis „Quod si heredi dare jussus est decem, et eam summam, heres debeat servo, si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber.“ Rzeczywiście widoczna tu jest kompensacya, a gdy zobowiązania niewolnika, mogą być tylko naturalne; osnowa taka zdawałaby się stwierdzać zdanie, na dowód którego jest przywiedzioną. Lecz fragment ten, jest przepisem wyjątkowym, szczególnym (jus singulare) uwzględniającym łatwiejsze sposoby, przyjścia do wolności niewolnikowi; prawo to: obejmuje znaczenie odpowiedne przypadkowi w następnym paragrafie, tegoż fragmentu przywiedzionemu; gdzie niewolnikowi nadana jest wolność pod warunkiem, jeśli pewną kwotę, oznaczonéj osobie wypłaci: niewolnik, ten wolnym zostanie, chociażby osoba, któréj wypłata naznaczoną została, zmarła, przed przyjęciem wypłaty. „Favore libertatis, constituto jure hunc ad libertatem perventurum.“ Tamże w końcu wyrażono: że przypadek ten, inne miałby następstwa, gdyby nie szło o wolność. Bliżéj nawet rozpatrując, wyrażenie się powoływanego prawa, można się przeświadczyć: iż stosunek którego dotyczy powoływany fragment, wcale nie jest przypadkiem ze zobowiązania naturalnego. Wprawdzie niewolnik w swojem imieniu mógł się tylko wiązać naturalnie, lecz każde takie zobowiązanie szło tylko na korzyść jego pana; niewolnikowi żadna skarga nie służyła, takową pan jego tylko mogł wynosić; którego w tym względzie rozporządzenia są stosunkiem cywilnym; mogącym przypaść na udział i niewolnika, jeśli, rozporządzeniem testamentowem zyskając wolność miał sobie zarazem przekazane, przynależące mu peculium (Inst. Just. § 3, per quas personas nobis adquiritur. L. 8, § 3, D. de peculio. L. 5, D. de peculio).

Pozorne wreszcie jest przywodzenie: że gdy kompensacya płynie z prawa narodów, ulega jego zasadom; kom-

pensacya bowiem, tylko w przypadkach dających prawo zatrzymania, opiera się na zasadach sprawiedliwości, prawem tém wspieranych; aby zapobiedz rozdziałowi całości zobowiązania. Innego rodzaju kompensacya, jest środkiem proceduralnym, użytym dla skrócenia sporów, przynależącym wyłącznie do przepisów prawa cywilnego.

Przykłady poszczególne zobowiązań naturalnych.

18. W uwagach ogólnych, już była konieczność wymienić niektóre ze zobowiązań naturalnych, aby z ich osnowy wywieść kierujące w nich zasady; zachodzi jednak obok tego potrzeba wskazać zastosowanie tych zasad do przypadków częściéj się jawiących w życiu praktycznem. Wady, które przy samem powstaniu czynią zobowiązania naturalnemi, przewidzić i obliczyć się nie dają. Bliższe przedstawienie stosunków, objaśnić się mających, wskaże kierunek jaki rozwiązaniu nieprzewidzianych wypadków, ze zobowiązań naturalnych nadać należy. Powody niedostateczności zobowiązań, zależą: *a*) od niedostateczności formy w ich zawiązaniu; *b*) niezdolności prawnéj lub mocy działania; *c*) od ścisłości prawa cywilnego, nieodpowiednego w skutkach prawu narodów; *d*) od właściwych skutków, zyskanych na drodze postępowania sądowego.

Proste zobowiązanie (*nudum pactum*).

19. Zobowiązania, bez użycia prawem ustanowionéj formy, samém zezwoleniem (nudum pactum), nie nadają prawa, wynoszenia skarg na drodze sądowéj. Że jednakże w przypadkach tych zawsze pośredniczy przyzwalająca wola stron, z mocy prawa narodów, tworzy ona węzeł prawny, nadający czynnościom podobnym, moc zobowiązań naturalnych. Konieczność użycia stypulacyi, jako formy prawnéj, dla zapewnienia procentów z pożyczki i zastrzeżenie ich w innéj formie, skutkujące tylko zobowiązanie naturalne, uwydatnią pojęcia Rzymian o znaczeniu pa-

ctum. Unterholtzner (1, § 23, Lehre d. RR. von den Schuldverhältnissen), i wielu innych prawników, są zdania, że opuszczenie formy stypulacyi, pozbawia umowę także mocy ze zobowiązania naturalnego; opuszczenie to bowiem wskazuje: że strony, miały tylko zamiar umówienia się o procenta, którego nie ziściły. Objaśnienia jednak takowego nie wspiera text prawa, i jest raczéj usiłowaniem utwierdzenia tego; co w pomyśle powstało; zdanie tak wyrzeczone wskazuje tylko: że zajść może potrzeba śledzenia, czyli względnie procentów rzeczywista stanęła umowa, lub objawiony był tylko zamiar. Wiele ze zobowiązań usprawiedliwionych prawem narodów, zawiązywanych przez *nudum pactum*, przyswoiło sobie prawo rzymskie, jako to: sprzedaż, najem, pełnomocnictwo, współkę, hipotekę, *constitutum*, darowiznę, ustanowienie posagu. Inne czynności prawne nie legalizowane, nabierały skutku, przez uiszczenia spełnione, przez jedną ze stron; samo bowiem wykonanie wskazywało rzeczywistość, zaszłego stosunku. Niemożność jednak przychodzenia ze skargą sądową, z powodu wadliwości zobowiązań, nie czyniła je zupełnie bezskutecznemi; zachowywały ono bowiem moc ze zobowiązań naturalnych. *Nudum pactum*, zastrzegające procenta, pociągało obowiązek naturalny: „Si sint usurae, indebitae, quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum, tam debitarum, quam indebitarum pertinere. Puta, quaedam eorum, ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur“ (L. 5, § 2, D. de solutionibus). Gdy prawo rzymskie pobierania procentów nieusprawiedliwia, tém więcéj w mniéj wstrętnych czynnościach, mieścić się mogą zobowiązania naturalne.

Objawienie zamiaru, bez determinującego przyzwolenia, rozeznanego przez Unterholtznera[t], wtedy jest tylko, gdy strony w danej czynności, przedsiębiorąc użyć form stypulacyi, przez pytania i odpowiedzi: zaniechają użycie w zupełności téj formy, lecz tylko skinieniem mechanicznem, dadzą znak przyzwolenia; postąpienie podobne,

nie tworząc ani stypulacyi, ani *nudum pactum*, nie prowadzi nawet do istnienia zobowiązania naturalnego (L. 1, D. de verborum obligatione). Toż samo, nieważna stypulacya, nie może doprowadzać do *constitutum*; ani do darowania przypadającéj należności (acceptilatio); które stanowiłoby *pactum de non petendo*: obadwa ostatnie stosunki, mają jednakowy cel zwolnienia dłużnika; taka jednak między niemi zachodzi różnica; że gdy *acceptilatio*, upoważnia do działania; *pactum de non petendo*, posługuje tylko, jako excepcya (L. 27, D. de pactis. L. 8, princip. D. de acceptilatione).

W ostatnich czasach utrzymywano: że ze zobowiązania zawarte, przez *pactum*, wiodą tylko do kompensacyi, i stanowią przeszkodę w żądaniu zwrotu; kiedy wypełnienie innych ze zobowiązań naturalnych od woli dłużnika zależy. Rozróżnienie to, jest skutkiem błędnego pomięszania zobowiązań naturalnych, z obowiązkiem moralnym, którego wypełnienie staje się skutecznem, nawet obok błędu co do prawa.

Darowizna.

20. Darowiznę obejmuje prawo narodów; bo wszędy przyjętem jest wykazywanie w ten sposób, uczuć wdzięczności, lub przywiązania. Początkowo czynienie darowizn, dopełniane być musiało uroczyście, za użyciem stypulacyi; bez téj formy, darowizna, nie była nawet, zobowiązaniem naturalnem; bez znaczenia zostawał się także obowiązek obdarowanego; tylko wykonanie takowego jako powodowane obowiązkiem moralnym, cofnięte być nie mogło. Prawem, *lex Cincia*, ograniczona wysokość darowizn; odjętą jednak część przewyższającéj darowizny, za obciążoną obowiązkiem naturalnym, poczytać należy; czemu wcale text prawa się nie sprzeciwia (Fragm. Vaticana § 311, 313).

Testamenta.

21. Prawo czynienia testamentów za wypływ prawa

narodów uznać należy; pomimo sprzecznego w tém zdania niektórych autorów; wielu bowiem znaleźć się może, którzy niechętnie w ciągu życia pozbyćby się chcieli swego mienia; ale nader są troskliwemi, by im odjętą nie była możność rozporządzania majątkiem na przypadek ich śmierci. Prawo sporządzania testamentu, jest wypływem prawa własności. Gdyby odjęte być miało prawo rozporządzenia majątkiem przez akta ostatniéj woli; to osoby które osiągnęły pewien stopień zamożności, ze szkodą społeczeństwa traciłyby na energii dalszych usiłowań, Dobro i pomyślność społeczeństwa, jest także osnową prawa narodów: testamenta przeto za zgodne z nim poczytać należy. Bezskutecznemi są tu zarzuty: że testament zyskuje dopiero ważność po śmierci spadkodawcy; że jednocześnie, w chwili jego sporządzania obdarowany nie objawia swéj woli. Testament bowiem jest aktem sobie właściwym, nie mieszczącym własności zobowiązań, i ich przepisy do niego stosować się nie mogą: jeśli tylko obdarowany, po śmierci testatora, przy życiu zostaje. Przeciwnicy objawionego poglądu, czynią jeszcze użytek z zarzutu: że tak jak i rzeczywiste małżeństwo, tak i prawo testamentu, były udziałem tylko obywatela rzymskiego, i dla tego, za stosunek cywilny, uważane być winno; lecz gdy rzymianie małżeństwo i testament cudzoziemców im właściwe, za ważne poczytywali; za mieszczące się w prawie narodów poczytać je należy. Forma jednak testamentu, mocą którego własność po zmarłéj osobie, ma być przeniesioną na żyjącą, najściślejszą być musi, z obowiązkiem koniecznym jéj zachowania; zmarły bowiem, niema już mocy, ani czynności sobie przypisywanéj zaprzeczyć, ani jéj stwierdzić: a jednak czynność podobna, téj jest ważności, że może prawa spadku, przynależące z prawa jego krewnym, przenieść na osoby obce; a chociażby kodycyl, obejmował same tylko legata; to i te wykonać spadkobierca jest w obowiązku. Pytaniem jednak głównem, o które tu idzie, jest: czyli osnowa testamentu, chybionego co do formy i przez to nieważnego, wiąże

naturalnie spadkobierców? Na to, może być tylko przecząca odpowiedź. Zabezpieczenie spadku, dla tych komu on przynależy, pewność i porządek, zapobieżenie złéj wierze szukającéj korzyści, są widocznemi potrzebami społeczeństwa; zaspokojenie ich przynależy także do prawa narodów. Wynika przeto ztąd: że testament wadliwy w jego formie, nie stanowi nawet przeciw spadkobiercom zobowiązania naturalnego. Tu jednak przychodzi potrzeba powołania się: na uczynione rozróżnienie obowiązku moralnego od zobowiązania naturalnego; spadbobiercy bowiem pomimo nieważności testamentu dla chybionéj jego formy, mogą dozwolić jego wykonania. Tak postąpiwszy, z pomocą skargi *condictio indebiti*, przyzwolenia swego, już cofać nie mogą, choćby twierdzili nawet, że w spełnieniu tego, błędem co do prawa, uwiedzeni zostali. Rzeczywiście bowiem, wykonywając wolę spadkobiercy, mogli być wiedzeni chęcią jej uszanowania, albo sami utrzymać swą godność, lub zachować przyzwoitość, a pobudki te moralne, dostateczną są przyczyną prawną ważności ich postąpienia.

Niezdolność prawna lub brak mocy działania o ile daje powód do zobowiązań naturalnych.

22. Zobowiązania, w których przyjmują udział osoby bez zdolności lub ograniczone w mocy działania, częściéj jak inne czynności, spotykają się ze zobowiązaniami naturalnemi. Społeczeństwo, przyjmuje obowiązek chronienia niedojrzałéj woli, na którą wpływa wiek lub słabość; stara się ją zabezpieczyć przed przemagającym wpływem familijnym, lub rozciągniętą opieką; kiedy jednakże nastąpione tu czynności są rzeczywiste, i byt ich niewątpliwy: zachodzi konieczność ocenienia ich skutków.

Małoletność.

23. Od czasu Glossatorów, trwa dotąd spór jakie skutki pociągają za sobą zobowiązania nieletnich, bez przyzwolenia

ich opiekunów zawarte. Trudność jednakże nie leży tu w wyborze rozwiązania: czynności takie są bezwzględnie nieważne lub zostają zobowiązaniami naturalnemi; lecz w pogodzeniu między sobą sprzecznych textów prawa. Ogólniejszy na przedmiot ten pogląd może wpłynąć na jego wyjaśnienie. Ze stanowiska prawa narodów, indywidualna tylko dojrzałość, jest miarą ważności działań osoby. Oznaczenie przeto stałe wieku, w którym, dojrzałość ta jest domniemaną, może być tylko udziałem prawa stanowionego cywilnego; zawsze jednak na dnie rzeczywistości kryć się może niepewność i wątpliwość. Społeczeństwo, niedojrzałości téj wynikającéj z saméj przyrody, przychodzi w pomoc, ustanowieniem prawnéj opieki; przy pośredniczeniu któréj, małoletni, prawnie już obowiązywać się już jest mocen; a tém samém przedstawiać prawa wierzyciela lub dłużnika. Staranność ta społeczeńska, ma jedynie na celu, zabezpieczenie nieletniego od strat. Jeśli przeto czynność, bez udziału, chroniącéj go opieki podjęta, nietylko na straty go nie naraża, ale przynosi korzyść, ze stosunku tego może przybrać przymiot dłużnika (locupletior factus). Takie ocenienie położenia nieletniego, stwierdza wiele textów prawa, mianowicie w stosunkach jego z opiekunem u którego zaciąga pożyczkę; z powodu przyjętego przez nieletniego składu; lub dopełnianych czynności (L. 5, pr. D. de aucto. L. 1, § 2, L. 3, pr. D. commu. L. 1, § 15, D depos.). Ocenienie prawne stosunku tego ustalone zostało reskryptem Antonina: „Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii, convenire potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem, compensationem ejus quod gessit, patitur“ (L. 3, § 4, D. de negotiis gest.). Prawo to, jest rozwinięciem *condictio indebiti*: „Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.“ (L. 206 de R. Jur.). Następstwa te łatwe są do pojęcia, bo opieki zadaniem jest ochronienie nieletniego od strat, a nie powiększenie mu mienia. Cała przeto trudność leży w rozwiązaniu, czy zobo-

wiązanie nieletniego, bez udziału opiekuna, obok widocznéj korzyści dla pierwszego, jest nieważne, lub pozostaje obowiązkiem naturalnym? Tu właśnie sprzeczne między sobą napotykają się zdania prawników rzymskich.

Zobowiązania podobne uważali za zupełnie nieważne Lucyniusz, Rufinus i Neracyusz; pierwszy z nich twierdzi: „Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, nequidem jure naturali obligatur" (L. 59, D. de Ob. et action). Drugi podaje: „Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit et solverit, repetitio est, quia nec natura debet." (L. 41, D. de condictione indebiti). Inni prawnicy i w znakomitszéj liczbie, takiemuż zobowiązaniu nieletnich, bez upoważnienia opiekuna, znaczenie zobowiązań naturalnych przyznają; a do liczby tych należą Papinian, Ulpian, Paulus. Że uważają je takiem, wykazuje się z tego, iż albo wyraźnie to twierdzą, albo wzmiankują o skutkach, jakie tylko zobowiązaniom naturalnym służą, albo łącznie własności te wyrażają; niekiedy o korzyści osiągnąć się mogącéj przez nieletniego zamilczają, drugi raz jéj nieupatrują: a wtedy korzyść ta mogłaby być domyślną, i przeciw nieletniemu służyłaby skarga cywilna; nazwanie zaś stosunku tego naturalnym, mogłoby mieć tylko na celu, wykazanie jego pochodzenia, przykłady jednak tego nader są nieliczne (L. 3, § 4, D. de negotio gestor. L. 127 D. de verbor obligat. D. 95, § 2, D. de solut. L. 25, § 1, D. quand. dies. L. 42, pr D. de jure juran.). Glossatorowie szukali środka pogodzenia téj sprzeczności, w rozróżnieniu nieletności na bliższą i dalszą (pubertati, infantiae proximi), przyznają większą skuteczność zobowiązaniom nieletnich bliższych dojrzałości. Savigny, uznał niemożebnem pogodzenie téj sprzeczności, pozostawionéj zapewne przez niebaczność, w Zbiorze Justyniana; co zaś tyczy rozwiązania głównego pytania; to mniema iż wedle stanu prawodawstwa Justyniania, zobowiązania nieletnich nieważne, poczytane być winny, za naturalne; przemawia za tém i

większa liczba fragmentów i powaga prawników, z których dzieł miejsca te są wyczerpnięte Twierdzi jednak Savigny, że pod względem praktycznym, zdanie odmawiających wszelkiéj ważności zobowiązania nieletnich nie jest bez powodów; prawo bowiem dla ochrony nieletnich stanowiąc opiekę: mogło niepoprzestać na półśrodkach, przyznając zobowiązaniom nieletnich pewne jeszcze skutki, ale nawet całkiem je zniweczyć, jak to uczyniło co do zaręczeń kobiet przez S. C. Vellejanum.

Massol na innéj drodze poszukuje pogodzenia sprzeczności w zbiorze Justyniana upatrywanéj. Rozróżnia on przedewszystkiem wszelkie zbycia własności od zobowiązań: ustąpienie własności jest bezwzględne *in rem*, nieulega ocenieniu, jakiemu zobowiązania tworzące węzeł między osobami je zawierającemi, są poddane; i dlatego tylko wszelkie alienacye, przez nieletniego czynione; za bezwzględnie nieważne poczytuje.

Zobowiązania mogą być mniéj lub więcéj ścisłe, ze swéj osnowy prawu cywilnemu lub naturalnemu ulegać; kiedy alienacya jest jednością ostać się mogącą lub być niczem: niezdolność przeto sama zbywającego, poddająca krytyce jego czynności, pociąga jéj nieważność. Następstwa dalsze wynikające z alienacyi, i ustąpienia ze zobowiązań, dotykalnie się różnią: kiedy dalszemu nabywcy przedmiotu przez nieletniego zbytego, jako trzeciemu, zarzutu niezdolności czynić nie można; cessyonaryusz przedstawia wszystkie prawa swego cedenta, i jest on tylko *procurator in rem suam*. Biorąc za podstawę, powyższe rozróżnienie alienacyi i zobowiązania, zniknie cała trudność pogodzenia fragmentów, zaprzeczających istnienie zobowiązania naturalnego, w zobowiązaniach nieletnich bez upoważnienia zawartych, a twierdzeniem przeciwnem. Prawo (L 4, D. de condictione indebiti), dotyczy alienacyi dokonanéj przez nieletniego bez zezwolenia opiekuna: i ta nie pociąga, jakiéjkolwiekbądź

ważności. Prawo wyraziło się ogólnie, nie wymienia szczególności jakie alienacya w sobie obejmuje, a mianowicie, czy tojest alienacya lub inny środek odstąpienia własności, czy zbycie to przyniosło korzyść nieletniemu, lub go straty nabawiło; a wyrażenie ,,natura non debet,“ oznacza, nie zobowiązanie naturalne, ale sposób użyty przy alienacyi, czerpiący pochodzenie *ex natura*, z prawa narodów. Co się tyczy fragmentu: ,,Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem jure naturali obligatur.“ (L. 59, D. de obligat.); to zwrócić przedewszystkiem należy uwagę: że prawnik Rufinus, żył po czasach Antonina, za którego, otwartą została skarga, z powodu czynności nieupoważnionéj nieletniego, jeśli z niéj korzyść osiągnął; znać przeto, że w przypadku obecnym, nieletni kwotę wypożyczoną strwonił, kiedy mu żadna skarga nie groziła. Wyrażenie ,,non obligatur, jure naturali“ odnosi się do *mutuum*, które z prawa narodów przeniesiono do zakresu praw cywilnych; jak to objaśnia Justynian (Just. § 2, de jure natur.). ,,Et hoc jure gentium, omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum.“ Należy przeto ostatecznie przyjąć za pewne, że wszelka alienacya przez nieletniego, bez dozwolenia opiekuna zdziałana, jest bezwzględnie nieważna; kiedy przeciwnie umowy nieletniego bez udziału opiekuna, pozostają zobowiązaniami naturalnemi. L. 7, § 1, D. de rescindenda venditione, nadaje prawo zatrzymania przedmiotu umowy, przeciw nieletniemu działającemu bez upoważnienia opiekuna; możność ta jest zupełnym dowodem, iż tak zaszłe zobowiązanie, jest naturalne. Rozstrzygającem spór jest także L. 3, § 4, De negotiis gestis: ,,Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii coveniri potest, in id quod factus est locupletior: agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur.“ Zobowiązanie nieletniego bez upoważnienia staje się o tyle skuteczne, o ile przez nie osiągnął korzyści, albo upoważnia do excepcyi do wysokości całkowitéj należności. Po skoń-

czeniu się opieki, nieletni wykonywając zobowiązanie naturalne, zaspakaja tylko należności, i wcale tytułem darmym tego nie czyni; może ono być podstawą nowacyi, a kompensacya, nie jest dla niego, środkiem zagrażającym, jeśli ograniczoną zostanie do przypadków: *ex pari causa.*

Zobowiązania między opiekunem a nieletnim.

24. Nikt w jednéj swéj osobie, nie może jednocześnie przedstawiać wierzyciela i dłużnika, dlatego opiekun bezpośrednio, nie jest w prawie wykazywać się wierzycielem osoby, nad którą sprawuje opiekę; jednakże inny jest wypadek, gdy nieletni rzeczywiście zaciąga zobowiązania na rzecz opiekuna i przeciwnem byłoby osnowie L. 5, D. de actoritate et consensu tut.; gdyby nieletni, z umowy z opiekunem odnosząc korzyść, z tytułu takowéj nie był odpowiedzialnym. Nie można twierdzić, iżby nieletni, tak jak w stosunkach z osobami trzeciemi, nie objawiał w jakiéj mierze rozmysłu i zła wiara nie może być domniemywana; dlatego, lubo glossa do L. 189, D. de diversis regulis juris antiqui, w zobowiązaniu nieletniego na rzecz opiekuna, nie uznaje, aby ono mogło być nawet naturalnem; istnienie takowego przyjąć należy; nie stoi temu na przeszkodzie wzmianka w powołanem L. 5, D. de auctoritate et consensu, o korzyści na rzecz nieletniego, takowa bowiem przewiduje tylko wypadek, w którym na zasadzie reskryptu Adryana zobowiązanie naturalne wsparte zostało, dozwoleniem z niego skargi.

Zobowiązania nieletnich niżéj lat 25.

25. Wszelka alienacya jest nieważną tak dopełniona przez małoletniego, jako téż nieletniego niżéj lat 25 wieku mającego któremu dodany jest kurator; tak iż ze stosunku takiego zobowiązanie nawet naturalne, powstać nie może. Co się tyczy innych zobowiązań, nieletni mający kuratora jest niemi obowiązany; służy mu tylko środek, przez *resti-*

tutio in integrum, powrócenia do pierwszego stanu; tak zwolniony, podlega jednakże, z tegoż stosunku, skutkom zobowiązania naturalnego. Takie wyjaśnienie podają Massol, Vangerów, przeciw zdaniu wielu innych (Muelenbruch Doctrina Pandectar. § 391. Duccaurroi t. I, str. 195). Że pomienieni nieletni ważnie zobowięzywać się mogą, stwierdza L. 101 D. de verborum obligat. „Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulato obligari; zaś L. 3, Cod. de integrum. restitutione, alienacyą tylko za nieważną poczytuje. W miejsce tylko wyrażenia alienacyi, podstawiona jest sprzedaż; pojęcie każdéj innéj alienacyi przedstawiająca. Nieletni jednak mający kuratora, pomimo użytéj ze skutkiem restytucyi, pozostaje wiązany zobowiązaniem naturalnem, na równi z każdym innym małoletnim. Nieletni nie mający dodanego kuratora; z powodu dopełnionéj przez siebie alienacyi, może, zanosić restytucyą na swą czynność, lecz pomimo przywrócenia go do pierwotnego stanu, ulega skutkom zobowiązania naturalnego. Zaznaczyć tu jednak zależy, że od czasów Konstantyna zbyteczną stała się restytucya, dla uchylenia alienacyi zeznanych przez nieletnich niemających kuratora, kiedy wszelka alienacya własności poddanych zachowaniu, mogła być tylko ważną z dozwolenia władzy. Że pomimo uchylenia czynności na drodze restytucyi, zaręczający nie był wolny od swego obowiązku, gdy nieletni wykazywał tylko materyalne swe pokrzywdzenia, a wolnym od takowego zostawał, gdy przeciw nieletniemu użyty był podstęp: zarzut bowiem pierwszego rodzaju dotyczył przedmiotu, drugi saméj osoby. Samo przeto przedłużające się zaręczenie, jest dowodem pozostającego się obowiązku naturalnego.

Zobowiązania nieletniego z jego kuratorem.

26. Wyjaśnionem już było że nieletni niżéj lat 25, mający kuratora, bez udziału tegoż, co do samych zobowiązań był cywilnie wiązany, a służył mu tylko środek resty-

tucyi; uważając przeto kuratora za osobę trzecią, téjże ważności będą jego zobowiązania z nieletnim nastąpione a tylko ostatniemu pozostaje restytucya, z pomocą któréj do poprzedniego stanu mógłby być powrócony; gdy jednakże pokrzywdzenie skutkować mające zupełne przywrócenie nieletniego do poprzedniego stanu, winno być znaczące, (L. 49, D. de minoribus viginti quinque annis) wzgląd, że kurator z powodu swego powołania, mógł łatwiejszy wpływ na nieletniego wywierać, restytucyę i w przypadku mniéj znacznego pokrzywdzenia, spowodować, jest w stanie; pomimo jednak zmiany środkiem tym spowodowanej, pierwotna umowa, pozostaje się z zobowiązaniem naturalnem.

Cessya praw na nieletnich, na rzecz opiekuna lub kuratora.

27. Justynian, przeświadczony o łatwości ciągnienia korzyści z nieletnich, przez ich opiekunów lub kuratorów, gdyby ci posiadając w swem zachowaniu dokumenta do nieletnich należące byli władnemi cokolwiek od pupillów swoich nabywać, nabycia te uznał za nieważne, i dla nadania skuteczności rozporządzeniu swemu, obostrzył je sankcyą karną, zwalniając w zupełności nieletnich od wykonywania podobnych zobowiązań (Novella 72, caput. V, § 1). Umorzone na drodze téj należności, przestają także mieć skutki zobowiązań naturalnych; bo prawodawca ma moc takowe odjąć, by cel przez niego zamierzony zniszczony nie został istnieniem zobowiązania, różniącego się w skutkach od cywilnego, brakiem tylko skargi. Sumienność jednak przechodzi zakres praw prawodawcy służących, jeśli przeto nieletni, tą pobudką wiedziony, za dojściem do pełnoletności, zaspokoi prawa na niego nabyte, cofać tego już nie może, i tu więc ma zastosowanie roz-

różnienie, jakie między zobowiązaniem naturalnem, a obowiązkiem moralnym zachodzi.

Pożyczka synów zostających pod władzą ojcowską.

28. Doletni zostający pod władzą ojcowską, chociaż zdolnemi są do przedsiębrania wszelkich czynności cywilnych, ograniczeni są w prawie zaciągania pożyczek; prawodawca przez zakaz ten, miał na celu, zapobiedz chciwości lichwiarzy, i usunąć z myśli marnotrawców, życzenie skonu ich rodziców. Tak nieważne jednak pożyczki zachowywały moc zobowiązań naturalnych, i dlatego zaspokojone, zwrotowi nieulegały. (L. 10, D. de S. C. Macedoniano L 9, § 5, D. tamże). Jakkolwiek odnowienie zobowiązania, jako jego wykonanie uważać należy, w osnowie L. 20, D- de S. C. Macedoniano, nie można upatrywać sprzeczności z przywiedzionem twierdzeniem, że zrealizowanie pożyczki przez syna pod władzą ojca zostającego, jako zobowiązania naturalnego, jest nieodwołalne. Treścią powoływanego prawa jest: że ponowienie przez *expromissio*, długu przez syna zaciągniętego, gdy pod władzą ojcowską zostawał, jest bezskuteczne, gdy powodowane było niewiadomością, iż dłużny syn zostawał jeszcze pod władzą ojcowską. Zachodzi tu bowiem błąd nie co do prawa, ale co do czynu, unieważniający zaszły nowy obowiązek. Inny jest przypadek stawiony w L. 19, D. de novationibus: gdy syn pod władzą zostający przez delegacyę będącą także środkiem odnowienia zobowiązania, przyjmuje do wypłaty należność, z takiegoż długu. Nowe to zobowiązanie zachowuje ważność, bo nie jest przestąpieniem zakazu S. C. Macedoniani. Przyjmujący przekaz, jest tu trzecią osobą, kiedy w przypadku pierwszym, w odnowionem zobowiązaniu, biorą udział też osoby, które do poprzedniego wchodziły.

Ważnem tu także jest objaśnienie skuteczności zareczenia, za dług zostającego pod władzą rodzicielską, który

zawsze pozostaje naturalnym. Wykazanem poprzednio zostało: że chociaż dług nieletniego, na drodze restytucyi, przyjmie znaczenie zobowiązania naturalnego, ważność poprzedniego za takowy zaręczenia, taż sama pozostaje: wnosić przeto należy, że takaż trwałość zaręczenia wykazać się winna, i za dług zaciągnięty, przez pozostającego pod władzą ojcowską. Jednakże L. 7, § 1, D. de exceptionibus i L. 9, § 3, D. de S. C. Macedoniano: wprost się wyrażają: że ręczycielowi służy excepcya na zasadzie S. C. Macedoniani; w fragmencie tylko drugim dodanem jest: „nisi forte donandi animo intercesserunt, tunc enim, cum nullum regressum habeant, Senatus consultum, locum non habebit.“ Ręczyciel może niewiedzieć, o stosunku wypożyczającego jako uległego władzy ojcowskiéj, a sam wierzyciel mniéj zakładać pewności na poręczeniu. Lecz kiedy tenże poręczyciel stawia rękojmię za należność, któréj zna nieważność i jest pewnym, że zaspakajając ją, nie będzie się mógł o nią upominać u dłużnika głównego: wnioskować należy, że się zoobowiązał tytułem darmym: i że mu excepcya z S. C. Macedonianum posługiwać nie będzie, kiedy jak w prawie wyrażono: „donandi animo intercesserit.“ Nadmienić tu jednak należy, że wątpliwość tłumaczyć się winna zawsze na korzyść wierzyciela, podług axiomy: „Nemo censetur jactare suum.“

Zobowiązania umysłowo słabych.

29. Pozbawiony władz umysłowych, żadnem zobowiązaniem wiązać się nie jest w stanie, bo ono wypływać winno z jego przeświadczenia L. 40, D. de diversis regulis juris, obejmuje: że furiosi nulla est voluntas: a L. 5, tegoż tytułu, wyprowadzając z tegoż następstwo, wyraża się: „nullum negotium contrahere potest.“

Gdy jednakże podobnie słabi, w przerwach powracać mogą do zdrowego stanu umysłu, co nie stoi na przeszkodzie, by im kurator nie był dodawany; ocenić należy, jakiéj wa-

żności, są czynności, w przerwach tych dokonane. Justynian wzmiankując o niezgodności w téj mierze prawników (L. 9, Cod. qui testamenta facere possunt), stanowi, że czynności w przerwach objawione, bez współdziałania kuratora, są ważne. Ponieważ zobowiązania słabych na umyśle, są bez żadnego znaczenia, przeto i stawione za nie zaręczenie, pozbawióne jest wszelkich skutków. L. 25, D. de fidejussor, wyraża się: „Si quis pro.... furioso fidejusserit: magis esse ut ei non subveniatur: quoniam his mandati actio non competit.“ Miejsce to tém tylko objaśnić można: że dopuszczenie ręczyciela odnosić się by tylko mogło, do czynności w przerwach powrotu do używania władz umysłowych; kiedy jedni z prawników zobowiązanie to za cywilne, inni za żadne poczytywali, Ulpian średnią wybierając drogę, poczytał je za naturalne.

Zobowiązania uznanych za marnotrawców.

30. Marnotrawca mający odjęty zarząd majątkiem, podejrzany jest o słabość umysłową; dlatego, ograniczenie zdolności jego prawnéj, najbliżéj się odnosi do tego, jakiemu nieletni blizki dojrzałości ulega (pubertati proximus). Uznany przeto bezwłasnowolnym, z powodu rozrzutności, w każdym przypadku, z powodu zaciągniętych zobowiązań odpowiada naturalnie. Ograniczony w działaniu prawnem, tém więcéj przedstawia podobieństwa z położeniem nieletniego, iż jak on, może także przez stypulacyą zapewniać sobie korzyści. I tu także pozorna jawi się sprzeczność pomiędzy fragmentem L. 6, D. de verbor. obligat. uznającym nieważność zaręczenia za zobowiązanie uznanego za marnotrawcę, a wyrażeniem się w L. 25, D. de fidejuss., ważność tę poświadczającem; gdyż, podług tego, jak to już w przedmiocie zaręczeń, za zobowiązanie uległego władzy ojcowskiéj, przywiedzionem było, skuteczność zaręczenia od osnowy jego jest zależną: mianowicie, czy stawione jest wyraźnie,

jako za dług przbawionego prawa zarządu majątkiem, lub z innych powodów: wyjaśnienie to tém więcéj odpowiada porządkowi rzeczy, że ręczyciel znaglony do poręczonéj wypłaty, zwracać się nie może do głównego dłużnika. Tu także, na przypadek sporu więcéj jest uwzględniane położenie ręczyciela.

Zaręczenie kobiety.

31. Zaręczający nie pozbawia się na razie części swego majątku, i żywi ufność, że z powodu swego pośrednictwa, na żaden uszczerbek narażony nie będzie; z powodu słabości płci swéj, kobieta więcéj niż kto inny w błąd może być wprowadzona. Z powodu tego prawodawca rzymski, prawem S. C. Vellejanum, zaręczenia kobiet uznał za nieważne. Nieważność tak wyrzeczona powoduje, iż zaręczenia podobne nie mogą mieć skutków zobowiązania naturalnego; jak równie, że stawiona za nie rękojmia jest bezskuteczna (L. 1, § 6, D. ad S. C. Vellejanum).

Darowizny między małżonkami.

32. Darowizny między małżonkami, objaśniane są tu tylko pod względem, czyli będąc nieważne cywilnie, pozostają jeszcze zobowiązaniami naturalnemi. Powody jakie pobudziły prawodawcę do ich wzbronienia, wykażą czyli one mieć mogą jakiekolwiek prawne skutki. W czasach ostatnich państwa rzymskiego, same materyalne tylko pobudki wiodły do zawierania małżeństw, które po osiągnieniu korzyści rozrywano; prawodawca przeto dla zapobieżenia stratom majątkowym i ofiarom chętnie łożonym dla zyskania spokoju w pożyciu, kładąc tamę nierozmyślnéj szczodrobliwości, dotknął nieważnością wszelkie darowizny, między małżonkami w czasie trwającego małżeństwa czynione. Zakaz przeto ten, w interesie porządku publicznego postanowiony, odejmuje czynności téj i cechy zobowiązania naturalnego (L. 3, § 9,

D. L. 5, § 4. D. de donationibus inter virum et uxorem). Takiéjże nieważności ulegają darowizny, ukryte pod tytułem uciążającym. W nowszem tylko prawodawstwie darowizny porównano z czynionemi na przypadek śmierci; odwołane przed skonem, nie miały już żadnego znaczenia, a jeżeli obdarowany nie przeżył dar czyniącego; spadkobiercy obdarowanego żadnych praw nie nabywali (L. 32, § 2, D. de donationibus inter virum et uxorem).

Zobowiązania między wstępnemi a zstępnemi.

33. Zstępni pod władzą ojca zostający, nie dlatego przeszkodzeni są wchodzić w zobowiązania z ojcem familii, że majątek ich do ostatniego przynależy, lub aby nie posiadali zdolności prawnéj zawierania umów, gdyż zaciągając obowiązki, takowe spełnić są winni z przyszłego swego majątku: lecz że razem z ojcem familii, stanowią jedność osoby niedopuszczającą jéj rozdziału: „Lis nulla esse potest, cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio (L. 4, D. de judiciis). Mimo tego, z wzajemnych tych stosunków, pozostają zobowiązania naturalne, któremi wiązany być może i obcy, jeśli w miejsce zstępnego, spadkobiercą naznaczony będzie, tak, iż po zaspokojeniu wierzyciela z zobowiązania naturalnego, żądanie zwrotu, stanie się bezskuteczne (L. 38, § 12, D. de condict. indeb.). Ulegający téjże władzy ojcowskiéj, nie są w prawie żadnych miedzy sobą zaciągać obowiązków, składając bowiem jedną familią, w sprzeczności między sobą zostawać nie mogą.

Zobowiązania niewolników.

34. Niewolnik nie mający pana, może na korzyść swą zawiązywać zobowiązania, byle tylko w znaczeniu naturalnem; nie obrazi przez to własności pana, którego niema. W innym jednak wypadku, gdy ma właściciela, temu posługuje tylko, jako narzędzie jego woli. Dlatego Massol w sprze-

czności w tém z wielu innemi autorami (Kujacyusz t. VIII, str. 341, Puchta Inst. tom III, str. 34. Savigny Obligat. Recht. t. I, str. 60), twierdzi, że zobowiązania niewolnika wyjąwszy pewnych oznaczonych położeń, nie są nawet naturalnemi. Wyłączają się od tego ogólnego prawidła, zobowiązania, zaszłe między niewolnikiem, a jego właścicielem, ten bowiem tylko jest w możności, prawa swe osobiste rozdzielać. W okolicznościach tylko podobnych, niewolnik może mieć udział w zobowiązaniu naturalnem, albo gdy to odnosi się do jego osobistego czynu, lub do przyszłości. Zobowiązania takie, zabezpieczane być mogą zaręczeniem, i lubo wnosićby należało, że zaręczenia takiego, stawićby nie mógł sam właściciel, na zasadzie axiomatu: ,,Nec fidejussor acceptus tenebitur, quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus,“ biorąc jednak zaręczenie to, za naturalne, właściciel niewolnika przedstawiać może oba przymioty: mianowicie wierzyciela na drodze cywilnéj, a poręczyciela z mocy zobowiązania naturalnego, (L. 7 § 8, de pactis, L. 64, D. de condictione indebiti, L. 14, D. de obligat.).

Co się tyczy zaciągniętych przez niewolnika długów, takowe pozostają na zawsze tylko zobowiązaniem naturalnem, nawet po zyskanéj wolności, upływ bowiem czasu, i warunki obce osnowie zobowiązania, takowego zmieniać nie mogą; tak jak pełnoletni dłużnik nie zmienia obowiązku naturalnego na cywilny, w małoletności zaciągniętego.

Warunek lub termin przed ich dojściem, nie czynią zobowiązania naturalném.

35. Oceniając wpływ warunku na jakość zobowiązania, brany jest tylko wzgląd na warunek zawieszający; gdyż wedle prawa rzymskiego, rozwięzujący, nie jest właściwie warunkiem. Przed dopełnieniem warunku, zobowiązanie niema własności naturalnego: albowiem zawarcie go odpowiada zasadom prawie cywilnego, korzyść dla zastrzegają-

cego ją, jest upewniona, a przedmiot zobowiązania jakkolwiek niepewności poddany, oceniany być może i dolicza się do majątku prawo mającego. Dlatego, chociaż przed spełnieniem warunku, skarga wierzycielowi nie służy, co stanowi najbliższą poznakę zobowiązań naturalnych, przecież możność ta rzeczywiście istnieje, i urzeczywistnianą być może, w skardze wynoszonéj, przeciw czynności przedsiębranéj dla przeszkodzenia spełnienia warunku (L. 50, D. de contr. empt.). Wypłata przed spełnieniem warunku, może być cofnięta, co samo dowodzi, iż zobowiązanie warunkowe jako takie nie jest naturalne: niemożność bowiem żądania zwrotu, jest oznaką tak zobowiązania naturalnego, jak i obowiązku moralnego (L. 16, D. de condict. indebit). Co do zobowiązań z terminem, uprzedzić przedewszystkiem należy, że tu rozumiany jest taki, który odkłada wykonanie zobowiązania, ale go nie rozwięzuje, takowe w czasie uprzedzającym, są zupełne, jako powstałe na zasadach prawa cywilnego, i tylko w moc takowego, w wykonaniu są wstrzymane. Że do wcześniejszéj nie upoważniają skargi, zobowiązania nie stają się przez to naturalnemi, jak to niektórzy autorowie twierdzą: (Müllenbruch t. II, str. 224); skarga bowiem mieści się już w prawach wierzyciela, aż do czasu jest tylko odłożoną. Może być nawet wcześniéj użytą, jeśli dłużnik zmniejsza rękojmie swéj odpowiedzialności; że jednak zobowiązanie z terminem jest zupełne, w pierwszych już chwilach jego zawiązania, dlatego wcześniejsze jego wykonanie, przecina możność żądania powrotu. Termina względności odnoszące się do zwłoki w wykonaniu, pod względem ich znaczenia, nie różnią od tych, jakie przy samém zawiązaniu umowy położono; mimo tego uwzględnienia, kompensacya może być dopuszczona. (L. 16, § 1, D. de compensat.).

Zobowiązania z gry nie są naturalnemi.

36. Lubo w prawodawstwie rzymskiem pretor nadawał skuteczność, stosunkom odpowiadającym sprawiedliwości,

chociaż nieobleczonym w formy prawa cywilnego; zobowiązania z gry własności téj nie przedstawiały. Rzymianie, uważali grę, jako raczéj powód do próżniactwa, niszczącą mienie, a częstokroć wiodącą do zbrodni (Lex ult. Cod. de aleatoribus) Dlatego wzbronione zostało wszelkie poszukiwanie należności, z gry pochodzących; a nawet dopuszczono żądania zwrotu wypłaconéj przegranéj (Lex ult. § 1 i 2. D. de aleator.). Czynność przeto uznawana za szkodliwą, stanowić nie mogła zobowiązania naturalnego. Gra za czynność naganną uważana, nie mogła mieć téj skuteczności, jaką mieć może obowiązek moralny, lub przyzwoitość; w skutku których, wyświadczona darowizna, stawała się nieodwołalną. Wygrywający, nie mógł być także zachowany przy odniesionym zysku, z przyczyny że i przegrywający miał udział w nagannéj czynności, z zasady: *in pari causa*, *melior causa possidentis;* gdyż wygrywający, podług mniemania rzymian, do korzyści, po większej części, przychodzą drogą podstępu. Korzyść z wygranéj, jako nieoparta, na zobowiązaniu naturalnem; ani powtórzonem zobowiązaniem dłużnika, ani ubezpieczeniem przez osobę trzecią nie mogła być zapewnianą: i dlatego nie pociągała, ani *constitutum*, ani hipoteki. Taka ścisłość prawa, stosowaną jednak nie była do gry, mającéj na celu rozwinięcie sił ciała lub zręczności, mianowicie gdy zakład gry był małego znaczenia (L. 2, § 1, D. de aleatoribus. L. 3, Cod. de aleatoribus).

Lichwa.

37. Nie ulega tu rozbiorowi pytanie, o ile samo pobieranie procentów odpowiada sumieniu. Kanoniści, i większa część prawników pobieranie procentów wtenczas za usprawiedliwione uważają, gdy wypożyczający, świadczoną dogodnością, naraża się na jaką przykrość, lub straty.

Niepodobnem jest jednak w społeczeństwie trudności te wypożyczającego sprawdzić, dla tego powszechniejsze uznanie dopuszcza procentów, czemu w ostatnich czasach, nie sprzeciwia się i Stolica Apostolska (uznali to Leon XII, Pius VIII, Grzegorz XVI). Z drugiéj strony, możność zastrzegania procentów ułatwia przemysł i wsparciem jest handlu. Pomimo tego, stopa pobierać się mogącego procentu, prawem ustanowiona być winna. Położenie kupującego za za cenę zbyt wysoką, jest inne jak wypożyczającego na niezwykłe procenta. Nikt nie przymusza kupującego, aby ofiarował cenę wyższą nad wartość nabywanego przedmiotu, postąpienie jéj, może być przeto skutkiem szczodrobliwości. W innem położeniu jest wypożyczający. Konieczność starczenia potrzebom familii, nacisk wierzycieli, obawa dotkliwych środków exekucyi, są dla niego zbyt naglące. Obok takiego nacisku, położenie wierzyciela, by mógł większe ciągnąć korzyści, tém jest dogodniejsze, że dłużnik na razie niema obawy; niczego nie jest pozbawiany i jest w nadziei zaspokojenia zaciąganéj pożyczki. Chciwość rzymian, przez pobieranie niezwykłych procentów, zbyt korzystając z położenia niedostatnich, mięszała niekiedy porządek publiczny, tak że prawodawca, zakaz brania zbytnich procentów, sankcyą karną dotknąć był w konieczności, a w mocy jego leżało zapobieżenie, by i własności nie nadużywano. ,,Expedit enim Reipublicae, ne sua re quis male utatur.“ (Inst. Just. § 2, de iis qui). Nadprawne przeto procenta, za przestępstwo uznane, nie mogą się nawet należeć ze zobowiązania naturalnego i dlatego pomimo ich uiszczenia, przez skargę *condictio indebiti*, zwrot ich mógł być poszukiwany (L. 26, pr. D. de condictio: indebiti). Użyciu skargi téj, nie sprzeciwia się ta okoliczność, że płacący nie był w błędzie, ani zasada, *in pari causa*: bo skarga, *condictio indebiti*, jest ogólnego znaczenia; ma miejsce, nietylko z powodu błędu płacącego, ale i z powodu nieprawéj korzyści wierzyciela, potępionéj prawem karnem, (improbum foenus);

wina zaś nie jest tu wspólną, ale odnosi się do wierzyciela, ciągnącego korzyści z trudnego położenia dłużnika.

Zastrzeżona kara w przyrzeczonem małżeństwie.

38. Zastrzeżenie kary w przyrzeczeniu małżeństwa, jest nieważne, albowiem obawą strat materyalnych, pozbawia strony wolności wyboru, jaka służyć winna przyszłym małżonkom. (L. 134, prin. de verborum obligat.). Nieskuteczność podobna, nie jest w sprzeczności z ważnością legatu, obciążonego warunkiem zawarcia małżeństwa z oznaczoną osobą; legataryusz bowiem nie czyniąc zadosyć warunkowi, pozbawia się tylko korzyści, kiedy przyrzekający małżeństwo, narażony jest na stratę majątkowi jego zagrażać mogącą. (L. 71, § 1, D. de condiction. et demonst.). Ponieważ nieważność zastrzeżonéj kary w przyrzeczonem małżeństwie powodowana jest potrzebą porządku publicznego, przeto, obok tego, że usuwa możność zanoszenia skargi, nie może być przyczyną bytu zobowiązania naturalnego, czerpiącego osnowę z tego, co jest sprawiedliwem i korzystnem dla społeczeństwa; i dlatego zastrzeżenie kary takiéj, nie może być upewniane, ani zaręczeniem, ani zastawą. Wypełnienie jednak przyrzeczonéj kary, przez jéj uiszczenie, zwrotowi nie ulega, bo płacący ma także udział w czynności za przeciwną prawa uznanéj: zastosowanie przeto prawidła, *in pari causa*, ma tu miejsce. Zasada powołana, jak to przytoczonem było, nie mogła mieć miejsca w lichwie, przy któréj, sam tylko biorący nadmierne procenta, jest stroną winną.

Uwzględnienie stanu majątku dłużnika wyrokiem, przy jego wykonaniu (beneficium competentiae).

39. Sędzia ma obowiązek skazania dłużnika na całą przedstawioną i udowodnioną należność, bez uwzględnienia stanu jego majątkn. Są jednak osoby, których przymiot wywołuje potrzebę ich oszczędzenia: jakiemi są rodzice,

wstępni, żona, czyniący darowiznę i t. p. Skazanie ich na zaspokojenie skarżonéj należności, przy wykonaniu, miarkowane jest stanem ich majątku, co nosi nazwę, *beneficium competentiae*. Brak nieodzyskanéj należności, nie przybiera obowiązku naturalnego, ale pozostaje cywilnym, gdy całe żądanie (intentio) było przedmiotem wyroku, i tylko ograniczone jest przy jego wykonaniu, Zarzut przeto, że całość wniesionego sporu, jest przedmiotem zawyrokowania, i że sama sentencya go obejmuje (omnis res deducta est in judicium), jest nieusprawiedliwiony. Znaczeniewyroku, mającego być miarkowanym przy jego wykonaniu, porównać można, z tą szczególną a jednak ważną umową, przez którą wierzyciel, należność swą ogranicza do możności wykazać się mogącéj dłużnika, którego położenie porównać także można, z zyskującym dobrodziejstwo ustąpienia dóbr: a który i w przyszłości pozostaje w obowiązku, z nowo nabytego mienia resztującą należność zaspokoić. (L. 63, § 4, D. pro socio. L. unica § 7, Cod. de rei uxoriae actione).

Zobowiązanie dla zyskania urzędu.

40. Porządek publiczny byłby narażony, gdyby umowy o zyskanie urzędu miały ważność, oprócz bowiem uszczerbku na szacunku osób na téj drodze pomieszczenia szukających, grozi obawa, aby nie starano się nadużyciem, strat materyalnych na ten cel poniesionych odzyskiwać. Umowy w tych celach zawierane, dotknięte są nieważnością (Novel. 8 praef. § 1). Czynności przeto takie za przestępne uznane, nie mogą być także podstawą zobowiązań naturalnych.

Sposoby wykonania zobowiązań naturalnych. Zapłata, odnowienie.

40. Prawo cywilne nie zajmuje się wykazaniem sposobów, jakiemi się kończą zobowiązania naturalne; do nich mają zastosowanie te, które ono wymienia. Ponieważ zobowiązania naturalne mniéj ścisły mieszczą węzeł, łatwiejszemu

podlegają załatwieniu. Nie obejmując w całości sposobów, jakiemi kończą się zobowiązania, zaznaczą się tu tylko odcienia, jakie przedstawiają zobowiązania naturalne, w ich wykonaniu.

Zapłata i odnowienie zobowiązania, wzwiązku ich ze zobowiązaniem naturalnem, już były objaśniane; nateraz zwraca się na nie uwaga, jako na środki załatwienia zobowiązań. Czy zobowiązanie jest cywilne lub naturalne, głównym zamiarem obudwóch stron, jest jego wykonanie zapłata. Jeżeli w zbiegu zobowiązań cywilnych i naturalnych, następuje niezupełna wypłata, zależy od oświadczenia dłużnika, które z nich zaspakaja; w braku takowego możność ta służy wierzycielowi, lecz już w sposobie ograniczonym, tak że nie może przedewszystkiem policzać wypłaty na zobowiązanie naturalne, tak jak tego czynićby nie mógł co do zobowiązania warunkowego, lub mającego jeszcze niedoszły termin. Inne będą następstwa, jeśli wypłatę uskutecznia nie dłużnik, ale sam wierzyciel, jak to może mieć miejsce, z ceny wyprzedanego zastawu, w przypadku tym bowiem, wierzyciel, może się sam przedewszystkiem zaspokoić, w należności z zobowiązania naturalnego ,,Paulus respondit, aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis. Nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate ejus esse commemorare, in quam causam solveret, cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur et ideo deducto eo debitum peti posse (L. 101 § 2, D. de solut. et libera). Text pomieniony jest nowym dowodem, wykazywanéj własności zobowiązań naturalnych, że do majątku osoby przynależą; bez tego bowiem wierzyciel, z ceny zastawu, nie miałby prawa sam siebie zaspakajać. Jeżeli z obojga stron, niema oświadczenia, samo prawo, nie może przenosić wierzyciela ze zobowiązania naturalnego nad wierzyciela ze zobowiązania cywilnego, (L. 94, § 3. D. de solution. et libera).

O niemożności zmuszenia wierzyciela do przyjęcia cząstkowéj wypłaty, w przedmiocie zobowiązań naturalnych, mowy być nie może; a wypłata taka, nie nadaje prawa skargi o całość.

Zobowiązanie znika, gdy w miejscu jego powstaje inne bądź cywilne, bądź naturalne. Zmiany zobowiązania naturalnego na cywilne tém łatwiéj dopuszczać należy, że zamiarem stron może być tylko jego wykonanie, zobowiązanie naturalne jest bowiem tylko wadliwe, tolerowane i bierze istnienie, nie z objawionego zamiaru, ale z wynikłości porządku rzeczy: jak to się iści, przy zobowiązaniu nieletniego bez przyzwolenia opiekuna (Inst. Just. § 3, Quibus modis tollitur obligat. L. 19, D. de novation). Z tego, że zamienione zobowiązanie było naturalne, nie płynie, aby nowo powstałe, miało jego cechy; tak rękojmie jak i wady poprzedniego nikną i odnowienie zobowiązania staje się główném i samodzielnem, mogąc być mniéj lub więcéj rozciągłem od poprzedniego: co go odróżnia od zaręczenia. Nowo powstałe zobowiązanie może zostać się naturalnem: gdy naprzykład przy tém zostanie użyta ze strony nieletniego forma stypulacyi, bez zezwolenia opiekuna; jeśli bowiem na taki przypadek zobowiązania odnowiono przez *pactum*, takowe mieć będzie ważność, jako *constitutum*, stanowiące powtórzenie zobowiązania, skuteczność którego, z zasad sprawiedliwości wspiera pretor, wyrażający sie z tego powodu „grave est fidem fallere,“ (D. L. 1, pecunia constituta).

Kompensacya.

42 Kompensacya *ex pari causa*, jest raczéj wykonaniem zobowiązania, a nie sposobem jego zniknienia. *Ex dispari causa* niema zastosowania do zobowiązań naturalnych, gdyż kompensacya tego rodzaju, stanowić tylko może zarzut czyniony przeciw skardze innéj, a jaka zobowiązaniu naturalnemu nie służy. Powołanie się na kompensacyą *ex dispari causa*, wyradza po większéj części spór, i należy do

środków proceduralnych, nie należących do zobowiązań naturalnych, dlatego też wyrzeczenie takiéj kompensacyi wedle prawa rzymskiego, wyrokiem tylko postanowione być może.

Pomięszanie.

43. Pomijając, różne inne znaczenia tego środka załatwienia zobowiązań, w następujących uwagach mamy na celu tylko wykazać: o ile pomięszanie daje się zastosowań do zobowiązań naturalnych.

Przez pomięszanie, przymiot wierzyciela i dłużnika spadają na jedną głowę; oczywiście przez to, stosunek zobowiązania ulega zmianie. Właściwie nie zaspakaja się zobowiązania, ale zachodzi zwolnienie dłużnika; czyli używając wyrażenia naukowego, zobowiązanie niknie *subjektywnie* ale pozostaje *objektywnie*. Z tego płynie, że jeżeli jeden ze współdłużników zaspakaja wierzyciela, temu już nie służy prawo upomnienia się o tenże dług u innych współdłużników; kiedy przeciwnie wierzyciel dziedzicząc po jednym ze współdłużników, może jeszcze czynić dochodzenia, przeciw pozostałym dłużnikom. Prawo w L. 71, D. de fidejussoribus, odpowiednio w tym względzie się wyraża: że dług nie umarza się, ale tylko jeden z dłużników, jest od niego wyjęty. To ma podobieństwo z *pactum de non petendo in personam*, które zwalnia osobę, z pozostawieniem samego długu. Różnica, że pomieszanie ma miejsce z prawa, a zaszłe *pactum*, musi być stawiane jako excepcya, dotycząc samego postępowania, nie jest tu wcale stanowczą. Pojęciu temu nie sprzeciwia się wyrażenie prawa „aliquando pro solutione cedit, (L. 92, § 2, D. de solutio et liberat.); to bowiem oznacza tylko, że wierzyciel obejmujący spadek po swym dłużniku, może się zaspokoić za dług naturalny, uprzedzając, by legataryusze spadku nie wyczerpnęli. Samo objęcie spadku, nie jest jeszcze wypłatą, aby nią była, musi rzeczywiście nastąpić.

Zaręczenie i zastaw upadają; jeżeli jedyny dłużnik, za którym są stawione, zobowiązaniu swemu zadosyć czyni. Kujacyusz, (tom VII, str. 517), niewłaściwie, stawia tu różnice, utrzymując, że w takim przypadku, niknie tylko zaręczenie, jako zobowiązanie osobiste nie zaś zastaw, jako rzeczowe: gdyż, obok tego, że taki zastaw do praw właściwych rzeczowych nie przynależy L. 59, D. ad S. C. Trebellianum do innego szczególnego odnosi się przypadku: a mianowicie, do tego, gdy wierzyciel naznaczony przez dłużnika spadkobiercą, pod warunkiem wydania spadku, oznaczonéj osobie, przymuszony jest przez praetora do objęcia spadku. W takim razie zastaw ubezpieczający jego należność może zatrzymać, i tym sposobem zasłonić się od szkody. Tu więc, prawo słuszności, ochrania od rygoru prawa cywilnego.

Gdy, dla upewnienia zobowiązania naturalnego, stawione jest cywilne poręczenie, i albo dłużnik przychodzi do spadku po zaręczającym, albo ostatni po dłużniku, czy z téj zasady, że tu ma miejsce pomieszanie, i że nikt, za siebie nie może być poręczającym, jeden z obowiązków tych ma znikać, jak to ma miejsce w stosunkach cywilnych? Prawo, wyraźną osnową wątpliwość tę rozstrzyga, pozostawiając też samę osobę wiązaną z obudwóch stosunków różnych pod względem ich skuteczności, jaką za sobą pociągają, zobowiązanie cywilne, i naturalne, (L. 21, § 2, D. de fidejuss.).

Jeśli w dopuszczanym poprzednio przypadku, dłużnik główny obejmie spadek po wyręczycielu: to czy zachodzi zobowiązanie cywilne, lub naturalne, zaręczenie jako umowa dodatkowa, zniknąć musi. Dopuszczając wreszcie, że wierzyciel w zobowiązaniu naturalnem obejmie spadek, po ręczycielu obowiązanym cywilnie: wtedy istnieć wprawdzie przestaje zaręczenie, ale zobowiązanie naturalne trwa nadal.

Przyznanie wykonania zobowiązania i przyrzeczenia zaniechania skargi, (acceptilatio, pactum de non petendo).

44. Każde zobowiązanie, w takiż sposób może ustać,

w jaki zawiązane zostało. *Acceptilatio* ma za przeznaczenie, w formie stypulacyi umarzać zobowiązania słownie zawarte: przez odpowiednie temu zapytania i odpowiedzi, (L. 35, D. de diversis regulis juris. Inst. Just. § 1, Quibus modis obligat. tollitur). *Acceptilatio* musi mieć skutek i co do załatwienia zobowiązań naturalnych; bo chociażby te zaciągnięte nie były umową słowną, ale wynikały z porządku rzeczy; to wyznanie dłużnika, iż w należności swéj zaspokojony został, musi mieć swój skutek; a w każdym przypadku mieć przynajmniéj znaczenie *pactum de non petendo;* które lubo stanowiłoby tylko excepcyą: przecież w przedmiocie zobowiązań naturalnych; czy te za załatwione uważane być mają samem prawem, lub wnoszonym zarzutem, rzeczą jest mniéj ważną (L. 19, D. de acceptilatione L. 95, § 4, D. de solut. et liber). Ponieważ *pactum de non petendo*, w zobowiązaniu naturalnem zwalnia dłużnika, takiż skutek wywrzeć winno i co do ręczyciela, i nie stoi tu na przeszkodzie, że ręczyciel zobowiązany jest cywilnie, gdyż obowiązek jego zawsze jest tylko dodatkowy, który ze zniknięciém zobowiązania głównego, istnienie swe stracić także musi.

Insza jest rzecz, gdy zwolnieuie ma pójść tylko na korzyść samego ręczyciela, zwolnienie to odpowiadać winno wymaganiom prawa cywilnego; pomimo tego, na korzyść jego może zajść także *pactum*, lecz to, w drodze tylko excepcyi przeciwstawiane być może.

(*Dalszy ciąg nastąpi*).

O KRADZIEŻY.

Kradzież jest jednem z przestępstw przeciwko własności. W tém najogólniejszém oznaczeniu jéj zakresu w dziedzinie prawa karnego, widzimy fakt przeciwstawiony zasadzie, prawu, porządkowi ustalonemu. Przeciwstawienie to nie jest wyłączném tylko dla przestępstw tego rodzaju jak kradzież; dlatego nasuwa się pytanie jaki to fakt, z drugiéj zaś strony, jaka to zasada stają naprzeciw siebie? Natura rzeczy zmusza mnie do odpowiedzenia najpierw na drugą część pytania: ta natura rzeczy, która wprzód wytwarza zasadę, potem zaś fakt mający ją naruszyć. Gdyby nie było zasady nie byłoby naruszeń.

Zasadą tu jest własność. Nie odrazu jednak i niezawsze własność przedstawia się jako zasada. Rozbieramy ją bowiem jako ideę, uznajemy, iż jest sprawiedliwą i użyteczną; występujemy przeciwko jéj napastnikom, zbrojni w argumenta poczerpnięte z filozofii prawa lub ekonomiki: nie powiadamy przecież o nich, iż dopuścili się kradzieży lub innego podobnego przestępstwa. Zostawmy więc na stronie własność jako ideę, a weźmy chwilę dalszą jéj rozwoju, gdy idea ta uznaną zostaje przez społeczność jako nieodzowna podstawa bytu materyalnego i zyskuje przez to sankcyę niewzruszalności, znaczenie zasady w porządku ustalonym. Takie uznanie prowadzi też za sobą, to, co dziś spotykamy jako fakt ogólny w każdéj uporządkowanéj społeczności, to jest odgraniczenie mienia pojedynczych ludzi i rodzin od mienia ich sąsiadów. Kodexy cy-

wilne, stan ten uświęcają: ostateczną jednak gwarancyą jest prawo karne, wtedy, gdy zagraża karą za wszelki objaw zasadzie przyjętéj przeciwny. Tojest, co spotykamy: czy to może być przecież dostatecznym dla nas powodem usprawiedliwienia zasady, a bardziéj jeszcze kary za jéj naruszenie? Bez wątpienia nie. Społeczność ograniczając rozmaitość objawów woli ludzkiéj i karcąc brak powolności nakazom swym lub zakazom, na głębszych jak samo istnienie faktu poprzedniego ukarania, opierać się musi podstawach, inaczéj postęp byłby tylko wyrazem bez znaczenia. Te zatem głębsze podstawy zbadać i usprawiedliwić należy.

Punktem wyjścia, jak przy każdéj kwestyi z dziedziny prawa publicznego musi być zdanie, które w naszym wieku jako dewizę ogólną przyjęły nauki społeczne, że: „społeczność jest do bytu i rozwoju człowieka nieodzowną.“ To uprawnia ją w zupełności, do urzeczywistnienia celów jakie sobie zakłada: utrzymania stanu obecnego, lub udoskonalenia go, a tém samém do przedsiębrania środków jakie za stosowne uważa. Zpomiędzy tych celów, cele natury materyalnéj, tyczące się tego, co fundamentem istnienia dla istot żyjących fizycznie być musi, mają wagę niezaprzeczoną. Jestto bardzo prostem: bo społeczność składając się z ludzi, nie jest w stanie podtrzymać ich, a zarazem i swego bytu, jak tylko zapewniając im możność zyskania i zużytkowania środków utrzymania życia fizycznego. Nie jest w stanie skłonić inaczéj członków ją składających, do pracy usilnéj i gorliwéj, a zatem do urzeczywistniania rozwoju saméjże społeczności, jak przez zapewnienie możności bezpiecznego przechowania owoców pracy z trudem połączonéj. Społeczność obawia się stanu, w którymby każdy wydrzeć wolał własność drugiemu, jak na nią pracować i oszczędzać, stan taki bowiem znaczyłby tyle, co upadek społeczności. Ma ona więc prawo, ma nawet obowiązek względem członków swych i siebie, strzedz tego celu materyalnego. I nie można robić jéj zarzutu, że za silnie występuje przeciwko temu, co podstawę jéj narusza.

Tego jednak niedosyć. Stosunek między czynem i zasadą, przedstawia się w ten sposób ze strony społeczności, która wytworzyła zasadę. Przypatrzmy się teraz stosunkowi temu z drugiéj strony, ze strony jednostki, która jest sprawcą faktu. Jednostka bezwątpienia ma obowiązki względem społeczności. Usprawiedliwiają się one tém, co uprawnia społeczność do ziszczenia swych celów z pomocą jednostek. Są to obowiązki istoty społecznéj. Lecz taż jednostka jako indywiduum żyje życiem własném, ulega namiętnościom. Można nie zgodzić się na to, że namiętności są prawem natury ludzkiéj. Ale niepodobna też zapomnieć zdania Queteleta, opartego na danych statystycznych, że zbrodnia jest jakby stałym podatkiem, który ludzkość regularniéj wypłaca, jak podatki nałożone przez państwo. Był czas, iż uważano oświatę za jedyny i najpewniejszy środek umoralnienia, a zarazem i zmniejszenia stopy tego podatku: przekonano się jednak wnet, po zaprowadzeniu systemu przymusowego nauczania w Prusach, że liczba zbrodni bynajmniéj się nie zmniejszyła (Casper). Gdzież więc źródło zbrodni, jeśli nie w ciemnocie? Na to odpowiadają materyaliści za Darwinem, że ogólne prawo świata materyalnego „*walka o byt*,“ tu się stosuje. Zadziwiająco trafnem jest to spostrzeżenie. Walka o byt, silna i uporczywa w wielkich miastach, tych ogniskach cywilizacyi nowszéj, przestaje nią być na wsi. W pierwszych, małe dochody, w rażącéj są sprzeczności z ogromem potrzeb i zachceń nawet, podniecanych zbytkiem bogatych i łatwą, sposobnością użycia. W ostatniéj, małe dochody, ale i potrzeby bardzo ograniczone, zbytek niema pola do popisu, nie może też obudzać zawiści i żądzy zrównania. Dowód oczywisty znajdujemy w wykazach statystyki kryminalnéj. I tak w roku 1865, na 2007 dochodzonych kradzieży w Królestwie Polskiem, w saméj Warszawie spełnionych było 219. Żądza zrównania, może być szlachetną pobudką pracy i oszczędności, a tém samém źródłem bogactwa, zarówno jak w okolicznościach odmiennych z czło-

wieka niezdolnego do wytrwania w trudach i umiarkowania w potrzebach, przy silnéj namiętności użycia, robi przestępcę. Jeden i ten sam popęd, tak różne w charakterze i skutkach sprowadza objawy. Pracujący, porusza się w sferze zostawionéj mu przez społeczność i dozwolonéj przez prawo. To nietylko, że nie umniéjsza bogactwa innych, lecz je owszem przysparza. Antytezą tego, jest zabór cudzéj własności, środek bezwątpienia bardzo prosty, dlatego co go używa: dość tu śmiałości jednorazowéj, targnięcia się na owoc cudzéj pracy Sprawca wie, iż czynem swym obraża moralność. Ostrzega go o tém poczucie wewnętrzne, będące pierwszym probierzem każdéj czynności. Sam on tu sędzią, nie łatwo mu wytłomaczyć czyn przed sobą, zagłuszyć wyrzuty sumienia. Wie on, że istnieje opinia publiczna, okrywająca hańbiącém mianem „złodzieja, oszusta,“ środek to silny niewątpliwie dla charakteru niezepsutego, a bez żadnego znaczenia dla upadłych moralnie. Przed czemże ulęknie się ten, którego nie zastraszają ani wyrzuty własnego sumienia, ani głos ludzi uczciwych, piętnujący go za czyn spełniony odjęciem czci, tojest tego co wartość człowieka wewnętrzną zewnętrznie wyraża? Odpowiedź na to od wieków, znajduje się w prawodawstwie karnem, odpowiedź jednym wyrazem: *kara*. Jakież granice mieć będzie ona w dziedzinie przestępstw tu rozbieranéj? Kara gwarantuje własność, podstawę stosunków cywilnych. Do rozwoju ich bowiem środki zwykłe prawem cywilném wskazane w zupełności wystarczą, jak naprzykład co do mocy zobowiązań, skoro zasada, na któréj one opierają się jest zabezpieczoną. Granica rozciąga się więc tak daleko, jak dalece ma miejsce naruszenie ustalonego porządku społecznego, podstawy jego istotnéj; a tą pod względem materyalnym, jest własność jedynie i wyłącznie. Co zaś na gruncie zagwarantowanéj własności rozwija się, jest albo razem z nią bronione jak posiadanie i użytkowanie lub niepotrzebuje takiéj szczególnéj opieki. Tak się też tłomaczy nazwa przestępstwa przeciwko własności. Pod tym napisem

ogólnym obejmuje nauka, a zgodnie z nią i kodexy nowsze trzy główne rodzaje czynów karygodnych: *Oszustwo*, *uszkodzenie własności i kradzież*. Wedle Koestlina wszystkie one pośrednio dotykają i obrażają wolę indywidualną. Obraza tu idzie stopniowo. I tak w oszustwie, wola formalnie przynajmniéj jest uszanowaną. Dodać tu należy, iż jest skłonioną do postanowienia, będącego z nią w sprzeczności, do zrzeczenia się praw lub korzyści, a to przez podstępne przedstawienie stanu rzeczy. Dalej idzie uszkodzenie własności. Tu już wola nie jest nawet formalnie uznaną. Istota jednak tego przestępstwa polega na zniszczeniu całkowitem lub częściowém przedmiotu i uszczupleniu przez to sfery prawno-majątkowéj właściciela. Wreszcie przestępny charakter dochodzi do punktu kulminacyjnego i powstaje kradzież tam, gdzie wola przestępna niezadowalnia się ograniczeniem sfery prawno-majątkowéj drugiego, lecz podstawia się w miejsce uprawnionego i przywłaszcza sobie przedmiot zaboru. Stanowią one całość przestępstw występujących przeciwko własności, osobę dotykają pośrednio tylko. Gdy zaś i wola osoby jest wprost nadwerężoną powstaje przestępstwo mieszane: pod nazwą *rabunku* tojest zaboru z gwałtem połączonego. W odróżnieniu od niego, kradzież nazwaną jest przez teoretyków niemieckich: zaborem dokonanym bez gwałtu (Entwendung ohne Gewalt). Przestępstwo mieszane, gdzie wola jest bezpośrednio obrażoną, zostawiamy tymczasem na boku.

Podział ten, z małemi modyfikacyami, spotykamy w kodexach. Dodają one wprawdzie pewne rodzaje lub wprowadzają drobniejsze poddziały, częścią dla objęcia całości, częścią ze względów polityki prawodawczéj. Są one, jak *samowładność*, *przeniewierzenie*, *przywłaszczenie znalezionéj rzeczy*, pomieszczone obok kradzieży: *podpalenie*, *zatopienia*, *wysadzenie*, w uszkodzeniu własności, *bankructwo* i t p. obok oszustwa i t. d. Zasadniczy jednak układ pozostaje: wszędzie spostrzegamy te trzy główne przestępstwa wyró-

żnione mniéj lub więcéj wyraźnie. Kodex francuzki z 1811 roku, naprzykład, zna podział troisty; na: 1) vols; 2) escroqueries et banqueroutes; 3) destruction. Jedynie tylko definicyę kradzieży daje wyraźną, choć jak zobaczymy zbyt obszerną, zresztą nieodróżnia kradzieży od rabunku. Kodex pruski z roku 1851 rozbiera: 1) kradzież i przeniewierzenie; 2) rabunek i zdzierstwo; 3) oszustwo; 4) nadużycie zaufania; 5) fałsz; 6) zyski nieprawe; 7) uszkodzenia. Od oszustwa równie jak i francuzki wyróżnia bankructwo. Kodex obowiązujący u nas od roku 1847, zna: 1) gwałtowne owładnięcie (1095 artykuł); 2) uszkodzenie (1107 artykuł); 3) zabór cudzéj własności który obejmuje: *a*) rozbój (1130 artykuł); *b*) rabunek (1140 artykuł); *c*) kradzież (1147 artykuł); *d*) oszustwo (1173 artykuł). W definicyi każdego z tych przestępstw, odnosi się do pojęcia zaboru, którego przecież nigdzie nie wystawia. Zaborem *par excellence*, wedle kodexu, zdaje się być kradzież, do pojęcia zaboru przybywa tu jedynie cecha tajemności, tak jak podstęp cechuje zabór zwany oszustwem, gwałt zaś i groźby znamionują rozbój i rabunek. Różnica między rozbojem i rabunkiem nie da się niczém usprawiedliwić, w definicyi, a i w praktyce do uchwycenia jest trudną. Wreszcie znajdujemy w kodexie, w dziale przeciwko własności, przestępstwa zatytułowane: *przywłaszczeniami* (od artykułu 1190) i *przestępstwami przeciwko zobowiązaniom* (1196 artykułu).

Istota kradzieży.

W określeniu podanem na wstępie, umieszczoną jest kradzież w rzędzie przestępstw przeciwko własności. Tu zadaniem mojem będzie wyróżnić jéj charakter od przestępstw pokrewnych, przez wykazanie znamion istotę tego przestępstwa stanowiących. Zebrawszy znamiona te, będziemy mieli definicyę kradzieży najdokładniejszą. Na istotę przestęp-

stwa, składać się musi to co się dzieje w umyśle sprawcy i to co się stało w świecie zewnętrznym. Rozbierając dany wypadek, *przestępstwo*, najpierw spotykamy się z *przedmiotem*, na którym spełnione zostało. Przedmiot wskazaliśmy już w ogóle, ma nim być własność. Nie od razu jednak nauka i prawodawstwa do tego doszły przekonania. Prawo rzymskie, a w części i prawa średniowieczne przypuszczają kradzież użytkowania i posiadania, dlatego nad *przedmiotem* bliżéj zastanowić się wypada. Własność, to wyrażenie zbyt ogólne, jestto przedmiot więcéj pojęciowy jak rzeczywisty. W kradzieży jest nią: *rzecz ruchoma cudza*.

§ 1. *Rzecz ruchoma*. Przedmiotem kradzieży ma być *rzecz*, tak wskazują, wszystkie kodexy, tak też przedmiot oznacza teorya w definicyi kradzieży. Rzecz ta ma być ruchomą. Co do tego jest też jednozgodność, prócz prawa francuzkiego, jak zobaczymy. Przy określeniu znaczenia dwóch tych wyrazów: *rzecz* i *ruchoma*, definicye z prawa cywilnego zaczerpnięte, nietylko, że pomocnemi nam być nie mogą, ale zaciemniają samą kwestyę. Prawo cywilne rzecz przeciwstawia osobie; pod rzeczą więc rozumie to co podpada zmysłom nie dość na tém obejmuje tu jeszcze i prawa. Czy takie pojmowanie rzeczy byłoby tu odpowiedniem? Bezwarunkowo nie. Prawo nie jest objętem w pojęciu rzeczy, prawo przedmiotem kradzieży być nie może. Prawa tak silnie związane są z osobą, że stanowią część osobistości, gdy dodamy do tego, że nie mają one właściwéj rzeczom materyalnéj podstawy, to uznać musimy, że zabór jest niepodobnym do uskutecznienia. Rzecz zmysłowa przez przywłaszczenie zrywa swój pierwotny związek z osobą. Artykuł 2279 Kodexu Cywilnego Francuzkiego. mówi: *en fait des meubles la possession vaut titre*, bez téj nawet sankcyi prawa, przywłaszczający staje się właścicielem, nietylko sam się za takiego uważa, lecz jest nadto przez wszystkich uznanym. Co do praw, przywłaszczenie, zabór nie da się dokonać i nikogo też w błąd co do właściciela nie jest w stanie wprowadzić, bo

do przeniesienia ich sama tradycya nie wystarcza. To też niema kodexu, niema autora, któryby prawo jako przedmiot kradzieży miał na myśli i dlatego odróżnienie praw od rzeczy zmysłowych jest tu koniecznem. Prawo cywilne wystawia nadto różnicę między rzeczami ruchomemi i nieruchomemi, w którem to odróżnieniu na zasadzie fikcyi, nazywa niektóre ruchome rzeczy nieruchomościami (naprzykład z przeznaczenia), zmieniając stan faktyczny odpowiednio do prawodawczych wymagań. Fikcyi tych uwzględniać niepodobna i pod wyrazem rzecz ruchoma rozumieć należy taką która da się poruszyć z miejsca na miejsce, bez względu na to, czy ją prawo cywilne tak lub inaczéj nazywa. Będzie więc rzeczą ruchomą, część nieruchomości uruchomiona w celu zaboru, zarówno jak i rzecz poruszająca się sama lub z natury mogąca być poruszaną. Takie pojęcie rzeczy ruchoméj jest jeszcze jednym więcéj powodem, iż nieprzyjmujemy prawa za możliwy przedmiot kradzieży. Nie możemy bowiem o tém, czego zmysłami dostrzedz nie jesteśmy w stanie, mówić że się porusza, lub daje się poruszyć. Na takie pojmowanie rzeczy ruchoméj, zgadzają się wszystkie prawodawstwa wraz z ich komentatorami. Wyjątek jedyny zaledwie stanowi *Code Pénal*, który w definicyi swéj zbyt lakonicznéj artykułu 379, nie oznaczył natury rzeczy przedmiotem kradzieży będącéj. W artykule 389, mówi on o usunięciu lub zmianie miejsca znaków granicznych w celu spełnienia kradzieży. Nie mógł tu mieć na myśli co innego jak tylko nieruchomości. Artykuł ostatni pozostaje zagadkowym dla praktyki francuzkiéj.

§ 2. Zwróciłem już uwagę, iż rzecz *cudzą* być musi. Co pod tem rozumieć należy? Odgraniczenie mienia indywiduów i rodzin jest chwilą, od ktoréj zaczynają się napady na własność. Odgraniczenie to, jest warunkiem istotnym. Dziś niema wątpliwości, że nie można spełnić kradzieży na rzeczy własnéj. By to zrozumieć, przypomnieć mi wypada, że tam gdzie znaną była kradzież użytkowania i posiadania

(furtum usus et possessionis), tam właściciel mógł skraść rzecz własną, któréj posiadanie lub używanie poprzednio innéj osobie na zasadzie prywatnéj umowy odstąpił. Jestto objaw dziwny bezwątpienia, tém bardziéj, że zdarzył się w Rzymie, gdzie stosunki czysto-cywilne nie potrzebowały, zdaje się tak silniéj gwarancyi do normalnego rozwoju, by potrzeba było sankcyą kary za kradzież, osłaniać bezpieczeństwo posiadaczy dobréj wiary, detentorów, zastawników, wierzycieli hipotecznych i użytkowników. Że zaś innego celu prócz zabezpieczenia prawno-cywilnych zobowiązań nie miało tu prawo rzymskie na widoku, dowodzi karanie nawzajem przekraczających granice dozwolonego użytkowania. Wydanie posiadania jest czynem niewątpliwie karygodnym i dzisiaj, gdy następuje bezprawnie. Nauka jednak, a za nią prawodawstwa, znalazły odpowiednią normę dlatego rodzaju przekroczeń, które nic wspólnego z kradzieżą nie posiadają i noszą na sobie jedynie cechy niedozwolonéj samowładności.

Prawo francuzkie jakkolwiek wiele przejęło z Justyniańskiego prawodawstwa w dziale o kradzieży, wyłącza mimo to kradzież posiadania i użytkowania, natomiast wymaga by rzecz była cudzą. Tak więc rzecz własna dziś przedmiotem kradzieży być nie może. Niema kradzieży nawet wedle francuzkiego kodexu, gdy dłużnik dopuszcza się zaboru rzeczy w zastaw danéj wierzycielowi, bo wedle Kodexu Cywilnego artykuł 2078, zastaw nie przenosi własności rzeczy, *action en dommages interets*, w zupełności tu wystarcza. Przeciwnie zaś uznanem zostało istnienie kradzieży przez komentatorów, gdy depozytaryusz z skrzyni zamkniętéj usuwa przedmioty zdeponowane. Ostatnie rozstrzygnięcie jest nietrafne. Czy jednak dość będzie, iż rzecz nie jest moją, abym kradzieży jéj mógł się dopuścić? Nie, rzecz musi należyć do innéj osoby, musi mieć właściciela, pana. Rzeczy bez pana, których własności nikt jeszcze nie nabył, nie mogą być przedmiotem kradzieży, zabór niczyjéj tu woli nie narusza. Nie

rozrywa on związku między osobą i rzeczą, bo związek taki nie istniał przedtem, lecz owszem zabierający zawiązuje właśnie stosunek z rzeczą, którą pierwszy zajmuje. Dziś jednak mało jest rzeczy niezajętych lub opuszczonych po zajęciu, a i tak prawo cywilne rozporządza niemi; jak u nas oddaje rządowi, państwu (arr. 539, 713 Kodexu Cywilnego Francuzkiego). Kwestyę tu stanowi spadek jeszcze nieobjęty przez dziedziców. Czy on należy i do kogo? Prawo cywilne załatwia kwestyę tę fikcyą, że spadek reprezentuje osobę spadkodawcy i jego prawa, aż do podziału, lub przeciwnie, że prawa dziedziców zaczynają się od otwarcia spadku bez ich wiedzy i woli. Fikcye te w prawie karném są bez znaczenia, właściwéj dziedzinie zostawić je należy. Uznawano spadek nieobjęty za rzecz niczyją w Rzymie, i aż do czasów Hadryana, na rzeczach spadkowych kradzież była niemożliwą. Wedle obecnego pojmowania pozostałość spadkowa nie jest niczyją własnością, do nabycia jéj jednak jest już osoba wyłączne posiadająca prawo. Naruszenie tych praw ewentualnych, kodex bawarski w 213 artykule uważa za kradzież, jeśli z niepodzielonéj sukcessyi spadkobierca zabiera coś na szkodę współspadkobierców, legataryuszów lub wierzycieli. Jeśli zabór spełnia osoba trzecia, to niema żadnéj różnicy od zwykłéj kradzieży, dlatego nad tym wypadkiem kodex nie zastanawia się. W wielu prawodawstwach niema co do tego wyraźnych przepisów, zdaniem przecież kommentatorów i praktyki czyn spadkobiercy uznany jest za kradzież. Kodex Cywilny Francuzki w artykule 792 i 801, czyni spadkobiercę takiego prostym i bezwarunkowym i zmusza do przyjęcia spadku bez dobrodziejstwa inwentarza. Postanowienie to bardzo słuszne i zupełnie wystarczające względem wierzycieli, których prawo do spadku ogranicza się jedynie do tego, że muszą być zaspokojonymi z massy spadkowéj, nie nabywają jednak praw ewentualnych do przywłaszczenia pojedynczych przedmiotów, względem nich przeto kradzież nie istnieje. Co innego z legataryuszami i współspadkobier-

cami. Czy może spadkobierca dopuścić się względem nich kradzieży na rzeczy spadkowéj, czy może dopuścić się jéj współwłaściciel na rzeczy, którą w współwłasności posiada? Służy mu prawo fikcyjne do całości niepodzielonéj, poniewaz jednak nie przyjmujemy fikcyi, musimy wziąć prawo tak jak się w rzeczywistości przedstawia. Otóż jest ono niczem więcéj, jak tylko prawem do $^1/_3$, $\frac{1}{4}$ i t. d., na wypadek podziału, a takie prawo nie może usprawiedliwiać zaboru całości, zabór posiada tu wszystkie cechy kradzieży. W kradzieży rzeczy spadkowych oględniejszym być wypada, co do uznania kradzieży, i prawo łagodniejszém być winno, gdy przyznaje spadkobiercom w pewnych razach ewentualne prawo do całości (naprzykład na wypadek nie przyjęcia przez innych). Ostatni pogląd da się zastosować i do kradzieży względem zapisobierców zwłaszcza szczególnych i modyfikuje tu ciężar winy z powodu wyłącznego ich prawa do pewnéj oznaczonéj rzeczy. Ma być zatem rzecz cudza i posiadająca właściciela, lub taka, do nabycia któréj, ktoś już wyłączne zyskał prawo. Pytanie daléj, jak uważać zabór rzeczy z pod zajęcia na satysfakcyę wierzycieli dopełnionego? Zajęcie, aż do chwili sprzedaży, nie przenosi własności na extrahentów, nie odejmuje też jéj właścicielowi, służy tylko, jako środek zabezpieczenia wierzytelności. Niema tu zaboru rzeczy cudzéj, niema kradzieży, choćby nawet dozór innym osobom był powierzony. Code Pénal inaczéj się zapatruje. Wypadek taki w artt. 401, 406 karze tak jak kradzież, przez co już dowodzi, że nie widzi tu kradzieży właściwéj, ale czyn równy tylko w karygodności. Wreszcie istnieje jeden jeszcze wyjątek, co do zaboru trupów i rzeczy na trupach. Trup bowiem nie jest rzeczą cudzą, nie jest przedmiotem zbytu. Powód karania tu inny, nie naruszenie własności, lecz pogwałcenie miejsca wiecznego spoczynku i obrażenie uczuć moralnych, osób związanych ze zmarłym. Prawo karne wzięło na siebie obronę i w tym kierunku. Niewłaściwie jednak zabór trupa z grobu za kradzież uważa, jak wiele kodexów niemiec-

kich, z których naprzykład Brunświcki wyróżnia, czy zabór nastąpił w celu naukowym i wtedy kara jest łagodniejsza. Co innego ma się z zaborem rzeczy na trupach jakkolwiek i te rzeczy są już niczyją własnością i chociaż zachowane w grobie zniszczeniu by uległy. Moralne znaczenie czynu tego gorsze, bo idzie tu o zysk materyalny nieprawy, co pozwala czyn ten do kradzieży zaliczyć. Obraza ztąd powstała dla krewnych zmarłego, a nawet dla całéj społeczności, zmusza do karania surowiéj tego czynu. Kodex Hanowerski zalicza go do cięższych kradzieży. Nasz, okoliczność obciążającą widzi tylko.

§ 3. Przez cudzą ruchomą rzecz, oznaczyliśmy przedmiot czynu, na czémże teraz sam czyn polega, on bowiem jest materyalnym powodem karygodności kradzieży? Nauka i prawodawstwo oznaczają go przez: *zabór bez gwałtu* (sous traction, **похищение**, Entwendung ohne Gewalt). Wyraz ten różnie jest tłomaczony. W ogóle określa on zbliżenie się do przedmiotu: co do tego jak daleko ma zajść to zbliżenie są trzy systemata. Jeden uznany przez prawo rzymskie, uważa za dostateczne dotknięcie się przedmiotu (contrectatio). Drugi z dawnego prawa francuzkiego, przejęty przez Code Pénal, wymaga by rzecz z miejsca była ruszoną, (ablatio). Trzeci wreszcie, przyjęty ogólnie przez prawodawstwa niemieckie, polega natem że sprawca objąć musi posiadanie rzeczy, by kradzież istniała. Ściśle biorąc, dwa ostatnie dadzą się pogodzić z sobą, zawierają one w zasadzie myśl jedną, którą w różny tylko wyrażają sposób.

Dla roztrzygnięcia pytania, który z tych systematów najlepiéj istocie przestępstwa odpowiada, zwrócić należy uwagę, że w czynie materyalnym nie powinno już być żadnéj wątpliwości co do postanowienia woli. Już prawo rzymskie stanowi, iż *sola cogitatio furti faciendi non facit furem, sine contrectatione.* Otóż *contrectatio*, dotknięcie przedmiotu jest znakiem woli zbyt niepewnym, by je można było uznać za czyn charakteryzujący kradzież. Poruszenie rzeczy z miej-

sca, idzie już daléj, jednak i na to się nie zgodzimy, bo nie wyraża tego o co tu głównie idzie, tojest, że pozbawienie rzeczy właściciela tu nie wystarcza. Zasadniczem i stanowczem jest takie zajęcie rzeczy, by się już nadal nie znajdowała w mocy poprzedniego posiadacza. Oddalenie zaś przedmiotu z miejsca może być bardzo odległe, a mimo to posiadanie jéj nie będzie jeszcze zabierającemu zapewnione. Ostatni system ma zatem najwięcéj za sobą. Ta kwestya ma wielką wagę dla nas, przy niewyjaśnionem znaczeniu zaboru w obowiązującym kodexie, który przecież wskazuje zabór jako cechę zasadniczą kilku różnych przestępstw. Stosowanie przeto zasad nauki jest zupełnie możliwe.

Zabór ma nastąpić bez gwałtu. Jak gwałt ten pojmować mamy? Niektóre kodexy dodają wyraźnie, że idzie tu o gwałt przeciwko osobie. I rzeczywiście gwałt na osobie spełniony, zmienia zupełnie charakter przestępstwa, dotąd obrażoną była osoba zaborem rzeczy, pośrednio wola jéj zatrzymania rzeczy została dotkniętą. Gwałt zaś wprost i bezpośrednio wymierzony przeciwko osobie, rodzi obrazę osobistości, konkurrującą z obrazą dokonaną przez zabór. Zabór ma miejsce w obu razach, w obu razach jest on celem, środek wybrany charakteryzuje czyn. Gwałt dokonany na rzeczy będącéj przeszkodą spełnienia kradzieży (jak na drzwiach, oknach), nie zmienia istoty przestępstwa, jest ono kradzieżą, i tylko pewne względy, które w właściwem miejscu rozbierzemy, zmuszają nas do uznania go za kradzież cięższą.

Gwałt na osobie nadaje przestępstwu charakter podwójny, osobisto-rzeczowy, takie przestępstwo podciągamy pod pojęcie rabunku. Tak jest w kodexach niemieckim, pruskim, austryackim, bawarskim. Kodex obowiązujący niezadowalnia się jedném wyrażeniem ,,bez gwałtu i zagrożeń,“ znamionuje on nadto kradzież jako zabór tajemny i przez to nadzwyczajnie ścieśnia pojęcie kradzieży rozszerzając za to zakres przestępstw mieszanych, a w szczególności rabunku.

Rabunkiem będzie tu zabór nawet bez gwałtu i zagrożeń dokonany, wobec właściciela lub innych osób. Przypuszcza prawo nasze, iż zabór taki, jedynie pod wpływem przymusu moralnego może nastąpić, że sprawca mógł nieużyć gwałtu gwałtu ani zagrożeń, mimo to jednak osoba zaborowi obecna pod wrażeniem obawy nie przeszkadzała czynowi. Za wielka to jednak osłona dla osób słabych i niepomierna kara na bezczelnych przestępców. Wprost przeciwne stanowisko jest Kodexu Francuzkiego, skoro ten w artykule 381, zabór z gwałtem lub groźbą użycia broni jako rodzaj cięższéj kradzieży uważa. Nie zna pojęcia rabunku jako oddzielnego przestępstwa: takiego pomieszania różnych przestępstw pod jedną nazwą i w jednym artykule, trafnem uznać nie podobna. Gdzie grozi niebezpieczeństwo życiu, gdzie zdrowie osoby jest uszkodzoném, jak to ma miejsce w artykule 382 Kodexu Francuzkiego tam upatrywanie powodu kary w napadzie na własność jest już z samego względu polityki prawodawczéj nieodpowiedniam. Jestto rażącém, że w jednym i tym samym artykule jako okoliczności kradzież obciążające podane są uszkodzenie drzwi przez włamanie i uszkodzenie zdrowia przez użycie broni.

§ 4. Rzecz zabraną być winna *z cudzego władania*. Jestto cecha istotna i stanowcza, przesądzająca o tém, czy przestępstwo dochodzone należy nazwać kradzieżą, czy też przywłaszczeniem lub przeniewierzeniem. Mimo téj ważności nie jest ona powtórzoną we wszystkich kodexach, a są nawet i takie, które się wprost nie zgadzają na nią. Co ona znaczy i na czém zależy jéj stanowczość? Władanie jest pewnym stosunkiem osoby do rzeczy. Stosunki takie porządkowane są przez prawo cywilne, znów więc do tegoż prawa o wskazówki uciec się musimy. Stosunki są prawne lub faktyczne. Już to samo, że rzecz musi być zabraną, naprowadza nas na wniosek, że rozerwanym będzie jakiś węzeł między osobą a rzeczą. Charakter czynności pozytywnéj, jaki przyznajemy zaborowi w zwykłéj nawet mowie, prowadzi za sobą

jako nieodzowną konsekwencyę naruszenie faktycznego stosunku. Czy jednak stosunek taki wystarcza dla oznaczenia granicy, poza którą kradzież nie sięga? Stosunek faktyczny pojmujemy w ten sposób, że osoba pewna posiada możność fizyczną rozporządzenia rzeczą, tojest że ma rzecz w swéj mocy. Wyraża on więc za mało i do tego jeszcze w sposób nieodpowiedni. Bo przecież ten kto z siekierą stoi obok drzewa, ma większą możność rozporządzania niém, jak właściciel odlegle mieszkający, a mimo to nie powiemy, iż rzecz jest we władaniu pierwszego i że on przez ścięcie, a następnie zabór drzewa, nie spełnia kradzieży. Zwolennicy odległych określeń dodają tu alternatywę, że osoba ma rzecz w swéj mocy, lub gdy chce, wziąść ją może w moc swoją. Już w dodatku tym, spotykamy element, który w pojmowaniu władania jest zasadniczym, tojest stosunek woli do rzeczy. Stosunek ostatni nie jest jeszcze określony. Prawo cywilne zna stosunek prawno-faktyczny posiadania, nie jest on przecież właściwym w tym względzie. Umyślnie starałem się podać inny wyraz nawet, choć nie utarty, byle uniknąć nieporozumienia, jakie koniecznie zdarzyć się musi, za użyciem wyrazu do którego prawo cywilne ściśle oznaczone przywiązuje pojęcie. Istnieje to w prawie austryackiém. Istniałoby i u nas, gdyż posiadanie obejmuje *intensive*, *animum rem sibi habendi* (artykuł 2230 K. C. Fr.), a przymiot taki zaciemniłby kwestyę i doprowadziłby do niekonsekwencyi. Najwłaściwiéj postąpiło prawo pruskie, które unikając tych niedogodności, powiada w definicyi kradzieży: „kto rzecz innemu zabierze,“ zostawia przeto uzupełnienie definicyi nauce. Przy posiadaniu, postanowienie woli jest skierowane na to, by wszelką inną osobę od panowania nad rzeczą usunąć, przy władaniu idzie o zachowanie rzeczy, nie o wyłączenie innych osób. Na istnienie władania składają się dwa warunki: 1) nabycie, czyli zawiązanie stosunku faktycznego, w sposób jednak prawem cywilnym uznany i uporządkowany, oraz: 2) wola zachowania zawiązanego sto-

sunku. Ostatnia stanowi element ciągły, w każdéj bowiem chwili uzupełnia to, co raz się stało. Dlatego władanie trwa razem z wolą zachowania i razem z nią ustaje. Dopóki zaś władanie trwa, dopóty kradzież na rzeczy spełnioną być może. Wola zachowania rzeczy, objawia się niekiedy przez oddzielne trwałe urządzenia, dowodzące jéj trwania, a zarazem staranność władającego o zachowanie i ustrzeżenie przed zaborem, nie są jednak nieodzownemi. Wszystko tu jedno, czy wola zachowuje się spokojnie, lub czynem pozytywnym się objawia. Władanie trwa, choć rzecz nie jest bronioną przeciwko pochwyceniu, czy to że nią być nie może, jak zboże i owoce, czy też że wola władnącego zostawiła je bez zamknięcia naprzykład narzędzia rolne, lub snopy na polu. Ustaje wreszcie, wraz z wolą zachowania nadal, przez opuszczenie lub przeniesienie na inną osobę, i te tylko, dwa rodzaje ustania zajmować nas będą (ustać bowiem może także, przez zniszczenie rzeczy, lub zajęcie takowéj przez inną osobę). Władanie jako jedna z składowych części znajduje się objęta w prawie właściciela. Właściciel więc lub władnący bezpośrednio uczuwa stratę w skutek zaboru.

Jestto naturalnem i bezspornem. Kwestya zjawia się dopiero przy faktach znamionujących ustanie władania. Otóż co do tego kodexy nie są w zgodzie. Jedne uznają władanie jako element zasadniczy istoty przestępstwa kradzieży. Tu zaliczamy kodex pruski i austryacki. Drugie przeciwnie, nie uznają za konieczne by zabór z cudzego władania nastąpił. Tu należą: kodexy francuzki i bawarski. Opuszczenie jeśli jest stanowcze i nastąpiło z wolą niewrócenia do posiadania, czyni przedmiot dobrem wakującem, które prawo rzymskie oddawało *primo occupanti*, prawa średniowieczne panom feudalnym, prawodawstwa nowsze państwu. Zupełnie jest inaczéj z rzeczą zgubioną. Przez zgubienie, rzecz wychodzi ze związku faktycznego z osobą, wola zachowania istnieje, ale brak jéj materyalnéj podstawy. Zna-

lazca wchodzi w stosunek faktyczny z rzeczą, ale nie jest w stanie rozerwać węzła łączącego wolę poprzedniego posiadacza, z przedmiotem znalezionym. Gdy rzecz zgubioną jest w domu osoby gubiącéj, osoba ta może ją odnaleźć i nawet będzie wiedziała że ją zgubiła; rzecz tu nie wyszła z jéj władania i znajdujący rzecz taką w jéj mieszkaniu, nie może wystąpić z zarzutem, iż przywłaszczył sobie rzecz znalezioną, ale kradzież mu poczytaną być musi. I co do tego więc łatwo pogodzić sprzeczne z sobą prawodawstwa. Sprzeczność na jaw występuje dopiero, gdy rzecz zgubioną została poza obrębem mieszkania, tak że gubiący władać nią fizycznie, nie jest już w możności. Brak tu jednego z elementów władania, to też kodex pruski i austryacki niedopuszczają kradzieży w tym wypadku, lecz pierwszy czyn do przeniewierzenia, drugi zaś do oszustwa zalicza. Przeciwnie kodex bawarski, bezwarunkowo czyn taki mianem kradzieży oznacza, zarówno zaprzeczenie znalezienia, jak i nie ogłoszenie w pismach. Weber krytykuje postanowienie prawa pruskiego, uważając je za niezgodne z pojęciem przeniewierzenia, polegającego na zatrzymaniu bezprawnem rzeczy, która się dostała do rąk sprawcy w sposób prawu nie przeciwny. Zdaniem jego, momentem karygodnym w przywłaszczeniu rzeczy znalezionéj, jest chwila znalezienia i podniesienia; wypadałoby więc wedle tego czyn uznać za kradzież. Nie wydaje mi się to być słusznem. Przedewszystkiem zwrócić należy na to uwagę, że samo znalezienie i podniesienie, jako mogące nastąpić w celu zwrócenia właścicielowi, cechy karygodnéj w sobie nie nosi. Trzebaby uważać, iż zamiar zatrzymania zrodził się wcześniéj, lub przynajmniéj równocześnie z podniesieniem. Zresztą los robi tu znalazcę depozytaryuszem, dochodzi on do posiadania w sposób, prawem dozwolony; chwila kiedy zamiar zatrzymania powstaje, jest obojętną (ze względu na prawną kwalifikacyę czynu, nie zaś na wymiar kary), a czyn cały nosi na sobie cechę nie prawnego zatrzymania. Prawo austryackie nazywa czyn taki

oszustwem, zgodnie z pojęciem oszustwa w tymże kodexie, bacząc na to, że podniesienie, w zamiarze nieprawego zysku nastąpiło. Bynajmniéj zaś czynu tego za kradzież uważać nie podobna, gdyż zabór nie nastąpił i władanie cudze przez to naruszonem nie zostało. Prawo francuzkie postępuje cokolwiek odmiennie w téj materyi. Wprowadza ono odcień bardzo niepraktyczny pod względem proceduralnym, choć może słuszny teoretycznie, tojest czy zamiar przywłaszczenia powstaje w chwili znalezienia, czy późniéj. W pierwszym razie jest kradzież, bo akt materyalny zaboru spełnia się tak dobrze na przedmiocie będącym w ręku właściciela, jak i na zgubionym. Czyn jeden, charakterystyka odmienną być nie może. Już jednak komentatorowie widzą ogromną różnicę między temi dwoma czynami, i rzeczywiście pod względem moralnym jest ona uderzającą. Z jednéj strony znalazca, uwiedziony sposobnością, bez przygotowania się do przestępstwa, dopuszcza się takowego, winien tylko, że sposobności téj nie odrzucił. Mógł on myśleć, że właściciel rzecz porzucił, bo nie znał jego przywiązania do rzeczy, a gdy go poznał, obawiał się narazić na podejrzenie, zresztą miał czas sam się do rzeczy téj przywiązać. Czy można porównać go z tym, co sam powziął myśl przestępny, przygotowywał środki do jéj wykonania i nie miał wątpliwości że się zbrodni dopuszcza? Czy obok tego można powiedzieć, iż różnica tu taka jedynie jest między zbrodnią z rozmysłem, a bez rozmysłu spełnioną? Odpowiedzią najlepszą praktyka, która widząc jak niesłusznem jest to przyrównanie, a nie znajdując innego punktu wyjścia, czyny takie ubezkarnia. Kodex francuzki nie uważa przywlaszczenia za kradzież, jakkolwiek czyném jest ono niemoralnym, gdy zamiar zatrzymania powstał późniéj. Nie uznaje on w definicyi, by zabór z cudzego władania, był elementem koniecznym istoty przestępstwa kradzieży, dlatego tak niejasna granica, od przeniewierzenia i oszustwa. Teorya zna inne jeszcze odróżnienia, które znajdujemy u Bernera, naprzykład:

czy rzecz podniesioną została, zaraz w chwili zgubienia, czy też późniéj. W pierwszym razie uważa, że kradzież ma miejsce, bo tu rzecz nie wyszła jeszcze z władania. Zdanie to nie da się usprawiedliwić, jest naciągane zbytecznie, przeświadczenie narodowe jest sędzią najlepszym. A ono przywłaszczenie znalezionéj rzeczy nie nazywa przestępstwem, tém bardziéj więc na łączenie go z czynem tak hańbiącym w opinii jak kradzież, nie pozwala. Nasz kodex w definicyi kradzieży, nie stawia wprawdzie wymagania, by zabór z cudzego władania nastąpił, z przywłaszczenia znalezionej rzeczy osobne tworzy jednak przestępstwo. Wspomnieliśmy, że władanie ustaje przez odstąpienie go innéj osobie. Gdy odstąpienie ma miejsce, ten któremu je odstąpiono, zatrzymując rzecz nie spełnia kradzieży. Kwestya ta przeniesienia, łatwa przy posiadaniu, staje się bardzo trudną, a czasem niepodobną do załatwienia, gdy idzie o władanie. Na jakiéj zasadzie mówić będziemy, że osoba odstąpiła możność swą władania osobie innéj, lub też że osoba druga wykonywa tylko władanie w jéj imieniu, kiedy jedno ani drugie przejście, niema żadnych znamion szczególnych żadnego tytułu. W razie przeniesienia władania, gdy własność pozostaje przy odstępującym, ani on ani nabywca, kradzieży na saméj rzeczy spełnić nie mogą. Właściciel, dopuścić się jedynie może kradzieży na owocach jakie rzecz wydaje, gdy owoce, te z prawa przeniesienia do władnącego należały, i własność jego stanowiły. Za to zabór dokonany przez osobę trzecią, obraża jednocześnie właściciela i władnącego.

Zbytecznêm byłoby dodawać, że po przeniesieniu własności, zbywca, w razie zaboru, kradzież popełnia. Rzecz przechodzi w możność fizyczną rozporządzenia pewnéj osoby, mimo że władanie zostaje przy innéj osobie. Rozporządzający zatrzymywaną rzeczą, spełnia kradzież Jestto stosunek bardzo częsty z rzeczami oddanemi ludziom w słu-

żbie zostającym, do użytku służbowego, jak również i z powierzonemi służącym, ze względu na ich obowiązki służbowe. Powstaje tu rodzaj kradzieży znany pod nazwą kradzieży domowéj. Nie należy zapominać, że służący obok tego iż jest służącym, może mieć zaufanie swego pana, że ten może mu powierzyć i władanie rzeczy, jak naprzykład przedmiot jakiś do przechowania pod własnem zamknięciem, co się zupełnie obowiązków służby nie tyczy, w tym razie służącego uważać musimy tak jak każdą inną osobę i poczytamy mu nie kradzież, lecz przeniewierzenie. Dużo kwestyi bardzo wątpliwych w ten sposób można rozwiązać, jeśli baczyć będziemy, czy służący był jako służący, czy też jako osoba obca traktowany. Podobnie ma się rzecz z przedmiotami do użytku oddanemi gościom w oberży i tym podobnym osobom naprzykład robotnikom, jeśli pod nadzorem pracują spełniają oni kradzież nie zaś przeniewierzenie. Zupełnie odmiennie uważać należy tych, którym powierzają się rzeczy do przewozu lądem lub wodą, do przerobienia lub nadzoru. Jeśli rzeczy, podczas trwania tego stosunku przywłaszczają sobie, niema tu kradzieży. Jestto pewien rodzaj składu, co do przewoźników nawet koniecznego, który sprawia, że nie zastępują oni władnącego, lecz sami władają rzeczami. Dlatego postanowienie naszego kodexu w artykule 1167, ustępie 5ym zawarte, niczem nie da się usprawiedliwić, i tém słuszniejszéj uledz musi krytyce, skoro w tych wypadkach, karę zwykłéj kradzieży, o dwa stopnie podwyższa Właściciele zajazdów, hoteli i w ogóle zakładów publicznych, za zabór rzeczy względem gości swych, rozmaicie są odpowiedzialni kryminalnie. Jeśli gość rzeczy ich opiece powierzył, odpowiadają za przeniewierzanie: jeśli zachował władanie ich przy sobie, to zaborem rzeczy, czynią się winnemi kradzieży. W ogóle jest tu stanowczą i odróżniającą cechą to, czy rzecz w sposób prawny, lub prawu przeciwny w ręce sprawcy się dostała, tojest czy on wolę władnącego zachowania rzeczy naruszył, czy też władanie rzeczy

z wolą władnącego, lub mimo jego woli, przez los powierzonem zostało sprawcy.

§ 5. Zabór rzeczy cudzéj, z cudzego władania musi być nadto *bezprawnym*. Bezprawność zaś dwojako tu rozumianą być winna. Czyn bowiem jest bezprawnym ze względu na osobę sprawcy i poszkodowanego. Ze strony sprawcy, że przy odgraniczeniu własności narusza władanie swego sąsiada. Naruszenie praw poszkodowanego w tém leży że wola jego jest zaborowi przeciwną. Przestępca dokonywa zaboru cudzéj rzeczy i wtedy kradzież ma miejsce; lecz już z dotychczasowych znamion istoty przestępstwa, ta konsekwencya jest naturalną, że kradzież tam tylko istnieć może, gdzie własność jest istotnie odgraniczoną. Gdzie tego niema, lub gdzie odgraniczenie nie jest prawdziwem, tam niewłaściwie mówilibyśmy o kradzieży. Odgraniczenie przy takiéj jak dziś rozmaitości stosunków, choćby najprawniéj uporządkowanych, ściśle przeprowadzić się nie da. W majątku więc dłużnika jest część mojego majątku, posiadacz nieprawy, ale uprawniony, mógł zawładnąć mojemi dobrami, prawo przeciwko temu niewystępuje, ale stanem takim musi się opiekować. Występując przeciwko takiemu stanowi, nie występuję przeciwko prawu jako zasadzie, ale jedynie przeciwko porządkowi ustalonemu. Skoro zaś przedmiot czynu przezemnie dokonanego, nie jest ten sam, co w kradzieży, jakże czyny te łączyć i jedną oznaczać nazwą? To też niema kodexu któryby przyrównywał samowładność do kradzieży, wszystkie uznają zasadniczą ich różnicę.

Drugim powodem znaczącym bezprawność jest zezwolenie poszkodowanego. Wyłącza ono odpowiedzialność, gdy sprawca wie o tém, że okradziony na zabór zezwala. Przeciwnie uznać kradzież należy, gdy przestępca nie wie o zgodzeniu się. Przy zaborze bowiem, wszystkie wymagane istniały warunki, czyn materyalny spełniony, przeniesienie własności późniejsze, natury jego zmieniać nie może. Zwróćmy uwagę, że kradzież narusza i bezpieczeństwo w państwię

zbyt silnie, by dochodzenie jéj od inicyatywy prywatnych czynić zależnem. Osoba, która twierdzi, że darowała rzecz sprawcy, datę wskazać powinna; wola jéj bowiem nie może odjąć charakteru karygodnego czynności już dokonanéj. O czyje zezwolenie idzie tu jednak, zapytać się należy wtedy mianowicie, gdy własność i władanie zostają rozdzielone między dwie różne osoby? Kodex austryacki mówi jedynie o zezwolenie ze strony tego, co rzecz ma w swém władaniu, podobnie i nasz kodex karzący z 1818 r. Czy tojest prawdziwem? Nie. Żaden bowiem z austryackich prawników nie uzna kradzieży w wypadku, gdy upoważniona przez właściciela osoba, zabiera na użytkowanie lub na własność rzecz w posiadaniu (władaniu) innego będącą. I bardzo słusznie, bo jeśli przyznajemy, że nie może kradzieży spełnić jakże ją upatrywać w czynie dokonanym przez prawonabywcę lub zastępcę tegoż właściciela, na którego tenże prawa swe przelewa. Najwłaściwszem przeto będzie postanowienie arternatywne ,,bez zezwolenia właściciela, a gdy rzecz jest we władaniu innéj osoby to i bez zezwolenia władnącego,'' albo też takie jak w prawie bawarskiem, gdzie wprost powiedziano: ,,bez zgody uprawnionego.''

Na czém zezwolenie to polegać winno? Czy jest tu koniecznym wyraźny objaw woli, dowodzący iż uprawniony się zgadza, czy też samo nieprzeszkadzanie z jego strony zaborowi wystarcza? Są to pytania, na które jedynie w praktyce i w wypadkach konkretnych odpowiedzieć można. Code Pénal, zdaje się obejmować to wyłączenie, tojest zgodzenie się uprawnionego w wymaganiu by zabór frauduleusement nastąpił, tak przynajmniéj pojmują komentatorowie. W dziwnem wreszcie położeniu stawia nas kodex obowięzujący z 1847 roku przez postawienie *tajemności* między cechami kradzieży, przez co nietylko że szczupłe granice temu przestępstwu zakreśla, ale jeszcze pewien szereg czynności, ktore w Niemczech i Francyi, niektórzy chcą za bezkarne uważać, podciągać się zdaje pod pojęcie rabunku (art. 1140).

§ 6. Wreszcie *zamiar darmego przywłaszczenia* sobie rzeczy zabranéj wypełnia istotę kradzieży. Wiele powstało wątpliwości i zamieszania przez to, iż nie odróżniano ściśle zamiaru z jakim działał przestępca, od celu jaki sobie założył. Odróżnienie to jednak łatwe i proste, a zarazem konieczne. Zamiar rozciąga się niedaléj jak do granic samego czynu. Cel istnieje przed jego dokonaniem i pó dokonaniu. W chwili dokonania mowy o nim być nie może, chociaż cel może też i w dokonaniu spoczywać. Wniosek ztąd naturalny, że zamiar towarzysząc czynowi i będąc z nim związanym wewnętrznie i materyalnie, stanowić musi o winie sprawcy. Cel nie zawsze zresztą brany na uwagę i do udowodnienia trudny, może wpływać co najwyżéj na podwyższenie lub złagodzenie kary. Zamiar w każdem przestępstwie jest oczywiście do materyalnéj jego istoty zastosowany. W kradzieży istotę tę już rozebraliśmy co do przedmiotu i czynu. Idzie więc teraz o powiązanie ich w całość, mającą wyrażać definicyę rozbieranego przestępstwa. *Furtum sine affectu furandi non committitur*, mówi prawo rzymskie. Na czém jednak zamiar ten polega? Wola przestępna charakteryzuje się w dwóch odcieniach, których techniczne nazwy są *dolus* i *culpa*, zły zamiar i wina. Teorya ogólna prawa karnego zajmuje się ich określeniem, tu idzie o zastosowanie jéj zasad. Otóż *culpa* nie wystarcza do spełnienia kradzieży. Polega ona bowiem na zaniedbaniu błąd rodzącém, w którym pozostając sprawca, dopuszcza się czynu w przekonaniu, iż czyn jest dozwolonym. Gdzie ma miejsce błąd na niewiadomości faktu polegający, tam o odpowiedzialności karnéj mowy być nie może, a błąd taki stanowią tu: albo poczytywanie zabranéj cudzéj rzeczy za swoją, albo mylne mniemanie, iż właściciel zgadza się, zezwala na zabór. Powody te, gdy są rzeczywistemi, niedopuszczają istnienia kradzieży. Gdy więc sprawca, w istotnym znajdując się błędzie co do istnienia tych powodów, w danym wypadku dokonał zaboru, odpowiedzialność wyłączoną być musi. Ina-

czéj ma się rzecz jednak z pomyłką co do prawa, odpowiedzialność nieustaje przez to, że wierzyciel zabiera rzecz dłużnikowi na zastaw lub zaspokojenie długu, choćby nawet w mniemaniu, iż czyn taki nie jest karygodnym, będzie on karany, ale niedotknie go kara kradzieży, równie jak i tego, który sądzi, iż rzecz swą własną w cudzém znajdującą się ręku może samowolnie odebrać.

Zamiar przeto określa się bliżéj, jako zły zamiar, jako *dolus*, jako świadomość o bezprawności przedsiębranego czynu która połączona z rzeczywistością bezprawia rodzi zbrodnię. Powiedzieliśmy, że jestto zamiar przywłaszczenia darmego. Przywłaszczenie nie jest stosunkiem prawnym osoby do rzeczy, nie jest też uporządkowane przez prawo cywilne. Nie można powiedzieć, by sprawcy szło o nabycie własności w znaczeniu prawném, przeciwnie, on nie pragnie nabycia, idzie mu tylko o faktyczną możność rozporządzania rzeczą, pragnie zyskać prawa służące właścicielowi bez spełnienia warunków w Kodexie Cywilnym wskazanych. Nie trzeba jednak wyprowadzać wniosku, że samo chwilowe objęcie posiadania rozumieć pod tém należy; nie, tego niedosyć, bo to jeszcze w zupełności o zamiarze nie przesądza. Sprawca może miéć przytém na myśli uszkodzenie, zniszczenie cudzéj własności, do czego również objęcie posiadania chwilowe jest nieodzownėm. Czy istnieje więc jaka różnica od uszkodzenia własności, czy też samo uszkodzenie majątku drugiego wystarcza? Odpowiadamy na to, wedle ogólnego pojmowania kradzieży, wystawionego już na wstępie, w odróżnieniu od uszkodzenia, że w kradzieży wola występna idzie daléj niż w uszkodzeniu, że przywłaszcza sobie to, czém majątek sąsiada został uszczuplony. Nie dość by obrażony poniósł szkodę. Ale czy trzeba, by obrażający został wzbogaconym? Prawo rzymskie zwracając uwagę na to, co jest najpowszedniejszém, wyraża się, że *contrectatio fraudulosa cum animo lucri faciendi*, musi nastąpić? Istotnie żądza zyskania dla siebie korzyści nieprawéj, jest tém co stanowi cechę hań-

biącą kradzieży, nie jest przecież tak stanowczą, by bez niéj kradzież istnieć nie mogła. Przez takie okreslenie zamiaru, dotykamy celu, pobudki sprawcy, któréj ani dokładnie udeterminować nie jesteśmy w stanie, ani nawet rozbierać nie mamy powodu. Pobudka, jak już wskazaliśmy, nie łącząc się z czynem, nie wpływa na jego istotę i bez niej czyn ma swój oznaczony charakter, pobudka może zmodyfikować go tylko. Mimo to przecież spotykamy pobudkę uwzględnioną jako część istotną kradzieży w definicyi naszego prawa z 1818 roku „jako żądzę zysku,“ a nadto powtórzoną w kilku niemieckich kodexach. Już prawo austryackie 1852 r. wprowadza zmianę w redakcyi pierwotnéj przez wyrażenie: *dla własnéj korzyści*, bezpośrednio więc celu nie dotyka. Jak jednak zwróciłem już uwagę, jestto jedynie uwzględnieniem tego co się najczęściéj przytrafia, jeśli zatém mówimy w definicyi, że tojest cechą istotną, to wypadki, w których tego niema, za kradzież uznanemi być nie mogą. Prowadzi to do zaciemnienia i wątpliwości, które są nieodłącznemi przy każdéj definicyi kodexowéj, chcącéj uchodzić za ścisłą i dokładną Trudności tych unikamy przez określenie zamiaru, że ściąga się on do przywłaszczenia darmego, do nabycia możności rozporządzania rzeczą jako właściciel, nie dając nic w zamian ze swéj strony. Zamiar wzbogacenia się przez przywłaszczenie, jest dlatego nieodpowiednim, bo wyłącza wypadki niewątpliwe cechy kradzieży na sobie noszące, która przestałaby nazywać się kradzieżą z téj przyczyny, iż nietrafnéj użyliśmy nazwy w określeniu zamiaru. Czyż zresztą możnaby było mówić o wzbogaceniu się, gdy rzecz niema żadnéj wartości lub wartość moralną tylko dla przestępcy. Czy wtedy i kradzieży uznaćby nie można było? Przypominam tu proces professora Lindnera w Berlinie; obwinionego o kradzież starych rycin z książek biblioteki, przez namiętność do starożytności, gdzie jednak sądy pruskie nie wahały się uznać kradzieży. Koestlin uważa, że zamiarem sprawcy w kradzieży jest, mieć, posiadać rzecz dla siebie, zdaje mi się, iż

obojętnem jest dla istoty tego przestępstwa, czy ktoś zabiera rzecz dla siebie w zamiarze zachowania, czy też dania jéj innemu. Dać on rzeczy innemu nie może, bez nabycia możności rozporządzania nią przez zabór, przywłaszczenie i tu jest zamiarem bezpośrednio z czynem związanym, a taki tylko zamiar do istoty przestępstwa może należeć. Kwestya zachodzi, gdy przestępstwa kradzieży dopuszczono się w zamiarze zniszczenia rzeczy. Dla rozstrzygnięcia jéj, czy będzie miało miejsce uszkodzenie czy kradzież, zwrócić uwagę wypada na to, czy zniszczenie na miejscu spełnioném być nie mogło i czy do tego poprzednie przywłaszczenie było koniecznem, oraz czy istniało przywłaszczenie jak je oznaczyliśmy, tojest czy była możność rozporządzania rzeczą w przymiocie właściciela, czy też miało miejsce tylko objęcie posiadania.

Wyrażenie proste, jak kodexu pruskiego, obejmujące tylko zamiar przywłaszczenia bez dalszych objaśnień, inne znów wątpliwości nastręcza. Rozszerza mianowicie zbytecznie pojęcie kradzieży do czynów, których mianem tém oznaczać nie godzi się. I tak, należałyby tu wedle tego określenia wypadki, gdy ktoś przywłaszcza sobie paszę by ją spaść bydłem właściciela, jak również, gdy zabierający rzecz cudzą zostawia na miejscu jéj wartość. Bezwątpienia, uznania takich czynów za kradzież nie miało na myśli prawo pruskie, co też do pierwszego wypadku dodaje poprawka z 1859 roku, że choćby nawet w zamiarze własnéj korzyści to nastąpiło, nie jest kradzieżą, lecz przekroczeniem. Drugi przypadek, już stanowczo za naszem określeniem przemawia. Ten co zostawia wartość, miałby niezaprzeczenie zamiar nabycia własności, gdyby wola właściciela była po temu. Niema zezwolenia, istnieje tylko przywłaszczenie, lecz gdy nabywca nie chce, by ono darmem było, kradzieży mu poczytać nie można. A jednak musimy zgodzić się na to, że w tym razie nabywca odniósł korzyść i działał w zamiarze skorzystania, wzbogacenia się nabyciem. (Przemawia zatém zasada ekonomiczna, że przy wymianie pozbywamy się przedmiotów,

które dla nas mają mniejszą wartość, niż te jakie nabyć chcemy). Istotnym w kradzieży, może być zamiar pozyskania korzyści, w chwili pochwycenia, przez możność dyspozycyi. Zamiar ten może rozciągać się i na dalsze chwile, ale to nie jest koniecznem, jeśli naprzykład sprawca chce dostać rzecz dla darowania jéj lub zniszczenia. W pierwszym razie, prędzéj dopatrzyć się można zamiaru korzystania i nadal, jeśli przez darowanie sprawca obiecuje sobie zyskać coś w przyszłości od obdarowanego. Prawo francuzkie dorozumiewać się każe złego zamiaru w wyrażeniu *frauduleusement*. Jest to zarazem świadomość o bezprawności i zamiar skierowany na to, by właściciela rzeczy pozbawić, dalszy zamiar równie jak i cel jest obojętnym. Kradnie się dla zniszczenia lub dania jałmużny, bez względu na to, czy chciwość, czy złośliwość była pobudką. Idzie więc tylko o obronę praw poszkodowanego. Jestto wyrażenie nie jasne, a objaśnienie komentatorów zupełnie dowolne. Nasz kodex wcale się nad tém nie zastanawia, pozwala przeto do ogólnych zasad się odnosić. Wreszcie Kodex Bawarski obejmuje w artykule 209, dwa pierwiastki składowe zamiaru: 1) świadomość o bezprawności; 2) mieć rzecz jako własność. Pierwszéj niekwestyonujemy, jestto bardzo słuszne, wyłącza odpowiedzialność na wypadek błędu, drugie byłoby dość trafnem, gdyby nie to, że zamiar odniesionym jest do zachowania rzeczy nadal, gdy nam idzie tylko o zamiar tyczący się chwili pochwycenia.

Rodzaje kradzieży.

Wystawiliśmy w ten sposób pojęcie kradzieży przez rozbiór pojedynczych jego znamion składowych, zbiór ich będzie definicyą kradzieży.

Kradzież należy do tych przestępstw, które wydarzając się nadzwyczaj często, przedstawiają największą rozmaitość w dokonywaniu. Będąc wymierzoną przeciwko własności, zmieniać musi sposób dokonania odpowiednio do natury rze-

czy skraść się mającéj, do rodzaju obrony i przeszkód jakie właściciel stawia przeciwko możliwemu zaborowi, wreszcie odpowiednio do stosunku osobistego sprawcy, względem okradzionego i okoliczności czynowi towarzyszących. Prawodawstwo, jakkolwiek ogólnych norm trzymaćby się tu chciało, musi typowe różnice uwzględnić i wyróżnić w przestępstwie ważniejsze rodzaje. I tak znają kodexy, *kradzież uprzywilejowaną*, *prostą kradzież* i *kradzież ciężką*, lub *z obciążającemi okolicznościami*. Na podział ten troisty i nauka zgodzić się musi, jako zupełnie odpowiadający naturze rzeczy. Istota przestępstwa we wszystkich jedna pozostaje, mimo pewnych odmian co do powierzchowności, dlatego też wszystkie pod jedną nazwą kradzieży obejmujemy.

Kradzież prosta.

Różni się tém od innych rodzajów, że nie posiada żadnego z przymiotów cechujących kradzież ciężką, lub uprzywilejowaną, dlatego też od niéj zaczynamy. Charakter pozytywny jéj, stanowią elementa istoty przestępstwa, powyżéj wymienione, niema cech szczególnych. Można powiedzieć że kradzież prosta tam istnieje, gdzie rzecz skradziona nie była bronioną ani napadniętą, w sposób szczególny, a stosunek kradnącego do okradzionego nie był ani uprzywilejowanym, ani obciążającym. Taką definicyę jéj tylko dać można, innéj nigdzie nie spotykamy. Próżnię tę co do szczegółów starano się wypełnić, w pewien sposób przez wprowadzenie poddziałów, oróżnień. I tak w Rzymie znano *furtum manifestum* i *nec manifestum*. Różnica między niemi proceduralna, prowadziła za sobą ogromny przedział co do kary, w *nec manifestum*, *poena dupli*, w *manifestum* chłosta i oddanie w niewolę, lub zrzucenie ze skały dla niewolników.

Podobnie znachodzimy i w wiekach średnich odróżnienie, czy w kradzieży *Handhaftigkeit*, ma lub niema miejsca. Dopiero *Constitutio Criminalis Carolina* (peinliches Gerichts,

Ordnung), wprowadza innowacyę, która i w kradzieży prostéj kazuistyce daje miejsce, jestto wartość skradzionéj rzeczy.

§ 1. *Mała i wielka kradzież.* Odróżnienie to, znajdujemy zawsze w dziecinnym wieku prawodawstw. Jestto bardzo naturalne. Wartość w kradzieży jest tém, co najbardziéj uderza, należy ona do strony przedmiotowéj przestępstwa. Lecz wartość w kradzieży wyraża to co jest najbardziéj przypadkowem, co najmniéj z czynem zaboru jest związane. Gdzie kradzież jest obrazą praw prywatnych, tam odróżnienie takie nas nie dziwi, wartość jest miarą najodpowiedniejszą obrazy praw materyalnych. Tam też nie zjawiają się trudności co do sposobu ustanawiania wartości, szkoda okradzionego jedynem może być kryterium. Stan jednak dziecinny nie trwa ciągle, społeczność pojąwszy interes swój w zagwarantowaniu własności oświadcza, że ten co występuje przeciwko własności obraża całą społeczność, nastaje na to, co podstawą materyalną zbiorowego współistnienia ludzi stanowi, jednem słowem społeczność uznaje kradzież za przestępstwo publiczne. Tu już obraza prywatna ustępuje na bok, w obrazie téj społeczność jest zagrożoną, to zatem co jest ważniejsze musi też być miarodawczem dla winy kradnącego. Obok takiego pojęcia przestępstwa kradzieży, stawianie stopni winy odpowiednie do wysokości ceny skradzionéj rzeczy, dowodzi tylko jak trudno jest zerwać z tém, co się wyrobiło historycznie, dowodzi zapomnienia, że zapatrywanie dzisiejsze jest zupełnie przeciwnem temu, co wytworzyło takie stopniowanie. A jednak dwa są zaledwie kodexy karne które przejęły się właściwem pojmowaniem kradzieży i odrzucając wszelkie stopniowanie na wartości oparte, zostawiają sędziemu możność uwzględnienia wysokości szkody prywatnemu zrządzonéj wewnątrz oznaczonego stopnia. Code Pénal i kodex pruski jedynym są wyjątkiem. Czy stopniowanie jakiekolwiek jest potrzebnem w kradzieży prostéj i czy wartość przedmiotu może być jego zasadą? Na oba pytania z góry odpo-

wiadamy, nie. Wszelkie stopniowanie jest tu zbyteczne. W określeniu kradzieży prostéj powiedzieliśmy, że niema ona żadnych szczególnych przymiotów, któreby na karę wpływały. Dążność do kazuistyki chciała być jednak silniejszą od natury rzeczy i wprowadzić stopniowanie, na jakiéjkolwiek oparte zasadzie. I tak przyjmuje Constitutio Criminalis Carolina kradzież tajną i jawną, odróżnienie proceduralne, nie mogące nie mogące mieć żadnego znaczenia i wpływu na winę, a tém bardziéj takiego, jakie mu zostało nadanem. Dostrzegła również, iż rzecz skradziona różną wartość mieć może. Nie zważając więc na to, czy wartość ma związek z czynem zaboru, lub zamiarem sprawcy, robi z niéj okoliczność wpływającą na winę i karę, i to tak dalece, że gdy mała kradzież karana jest strafem pieniężnym, to wielka karę śmierci pociągała za sobą. Kodexy nowsze niemieckie, idąc za Feuerbachem i jego kodexem dla państwa bawarskiego, przyjmują odróżnienie to, jako istotne, i odpowiednio do wartości nazywają czyn zbrodnią, występkiem lub przekroczeniem. Czyn materyalny zaboru nie tyczy się wartości, lecz rzeczy; wartość jest przymiotem tylko rzeczy zabranéj. Zabór dokonywa się bez względu na wartość, jednakowo w kradzieży prostéj, z tego więc względu odróżnienie jest nie stosowne. Zamiar sprawcy jest skierowany wprawdzie na przywłaszczenie darme rzeczy z powodu jéj wartości, to jednak uprawniałoby jedynie kodexy do odróżnienia zaboru rzeczy, bez przywłaszczenia jéj wartości, od kradzieży rzeczy wartość mającéj, które to odróżnienie i bez tego istnieje, gdy czyn pierwszy nie jest za kradzież uznany. Ale nie da się powiedzieć, ani oznaczyć nawet przybliżenie, że sprawca miał zamiar przywłaszczenia sobie, takiéj lub innéj wartości. Przestępca dopuszczający się kradzieży prostéj, nie zawsze wie, jaka jest wartość rzeczy. Domniemywa się jéj tylko i to nie zawsze, a w każdym razie domniemanie, przybliżoną wartość może mieć za przedmiot. Czyż może obok ostać się stopniowanie winy wedle wartości rzeczy. Kiedy wartość ta nie

jest z zamiarem sprawcy, ani nawet z czynem jego związaną?

Stopniowanie takie nie może być zasadą ogólną; nie przeczymy, że wartość może i powinna być uwzględnioną przy wymiarze kary, ale to wtedy jedynie, kiedy ma związek z czynem bezpośrednio, i kiedy zamiar sprawcy, co do przywłaszczenia jéj sobie w takiéj wysokości jest ustanowionym. Zwykle przyjmują prawodawstwa dwa lub trzy stopnie. Gdy przedział między niemi wielki, kara zatem prawie zawsze niesprawiedliwą być musi. Wszystko to przemawia, by wartość, nie na oznaczenie stopnia kary w ogóle, lecz na udeterminowanie jéj wewnątrz prawem wskazanego zakresu wpływała, a ocenienie wpływu i wymiar kary właściwéj sędziemu był zostawionym w danym wypadku. Zdaje mi się, że po tém co się nadmieniło, dość będzie przytoczyć naprzykład postanowienie prawa bawarskiego, ażeby poglądu tego bezzasadność była widoczną. Uważa ono kradzież do 5 guldenów za przekroczenie, do 25 za występek, wyżéj 25 za zbrodnię. Podobnie prawo austryackie, w którem równie jak w naszem z 1818 roku, pomięszanie wpływu wartości z innemi okolicznościami, jest bardzo rażącem, skoro zwrócimy uwagę, że wartość 25 guldenów postawiono obok napadu z bronią na cudze mieszkanie i co do wpływu porównano. Wprowadza nadto kazuistykę tam, gdzie ona już i tak istnieje, to jest w cięższéj kradzieży. Wreszcie na téj saméj drodze stoi nasz kodex obowięzujący z 1847 roku, który w artykule 1160, zasady kary normuje wedle tego, czy wartość nie dochodzi 30 rubli, przenosi tę ilość, lub jest wyższą nad rsr. 300. Różnica kary bardzo nieznaczna między 2^{im} a 3^{im} stopniem, mimo ogromnego przedziału wartości, jest za to nadzwyczaj wielką, gdy idzie o summę niższą lub wyższą od 30 rubli. Między 3—6 miesiącami domu roboczego i jednym rokiem lub dwoma latami rot aresztanckich, przedział za wielki, dziś powiększony jeszcze Ukazem 1864 roku gdy różnica między 29 a 31 rsr. prawie nie

podobną do ustanowienia. Pobudką tego miało być skłonienie złodzieja, by mogąc wziąść więcéj ograniczył się na mniejszéj ilości. Pominąwszy kwestyę, iż ograniczenie to nie zawsze jest możliwem, naprzykład przy wyciągnięciu portmonetki z pieniędzmi, bo dla sprawcy ilość jaką zabiera jest zagadką, a po zabraniu niema już sposobu ograniczenia takowéj. Pozostanie zawsze zarzut, że motyw ten naszego prawa zgrzeszył tym razem nieznajomością natury ludzkiéj. Kto bierze, ten niema zamiaru być wykrytym i jest w przekonaniu, że czyn jego pozostanie w tajemnicy, w chwili więc zaboru nie myśli o karze, przypuszcza, iż potrafi jéj uniknąć. Bezwątpienia postanowienie kodexu nie powstrzyma od zaboru większéj ilości tego, co się nie wahał narazić na odpowiedzialność za sam czyn. Dla całości dodać tu należy artykuł 783 Ustawy Gminnéj, 1861 roku, który za kradzież wartości nie przenoszącéj rsr. 15, grozi aresztem od dni trzech do siedmiu. Gdy kradzież 16 rsr. wynosi, najniższą karą jest dwa miesiące domu roboczégo z utratą praw i dozorem policyjnym. Artykuł ten obliczony na to, że summę niższą od 15 rsr. właściciel używa na drobne wydatki i bez szczególnéj pozostawia ją obrony, a sprawca sposobnością zaboru jest jakby uwiedziony do przestępstwa. Łatwość w zaborze tak małéj summy i mała szkoda, były zapewne powodem, iż wyrokowanie co do takich kradzieży, Sądom Gminnym na wsiach, a Sądom Policyi Prostéj, w miastach zostawiono.

§ 2. *Sposób obliczania wartości.* Artykuł 1160 Kodexu Kar Głównych i Poprawczych, i 783 Ustawy Gminnéj, zmuszają mnie do rozpatrzenia systematów obliczania wartości. Gdy wartość jest zasadą wedle któréj kara w prawodawstwie za kradzież się oznacza, to zadaniem prawodawstwa być musi najdokładniéj ją ustanowić w danym wypadku. W tym celu wystawiano różne systematy obliczania wartości, byle tylko niesprawiedliwemu wymiarowi kary zapobiedz. Idzie tu w ogóle o zachwycenie istotnej, rzeczywistéj wartości rzeczy, lecz ta jak wiemy inna jest dla osoby, która jéj używa,

inna zaś w zamianie, tojest gdyby osoba zbyć tę rzecz miała zamiar. Ci którzy za miarę winy i kary, chcą przyjąć zamienną wartość, każą ją obliczać wedle korzyści jaką przez zabór przestępca osiągnął. Korzyść jaką winny odnosi z kradzieży rzeczy, pozornie, może być miarą moralnego przewinienia, lecz ma bardzo wiele przeciwko sobie, a mianowicie, że zależy zupełnie od osobistości złodzieja. Jeden zadowalnia się naprzykład wartością użytkową rzeczy, dla innego rzecz ma wartość w wymianie dopiero. I w téj ostatniéj, zręczność jego roztrzyga, idzie mu wreszcie o zatarcie śladów przestępstwa i odwrócenie podejrzeń od siebie; stara się pozbyć przedmiot skradziony, za jakąbądź cenę. W żadnym też razie korzyść winnego nie wyraża wartości, jaką rzecz skradziona w zamianie posiada, a więc i miary dokładnéj nie stanowi. Wartość użytkowa jest daleko odpowiedniejszą i konsekwentniejsze też jest obliczenie jéj wedle straty poszkodowanego. Jak zwróciłem bowiem uwagę, całe stopniowanie na wartości oparte, ma źródło swe w dopatrywaniu obrazy praw prywatnych, obok naruszenia ustalonego porządku przez kradzież. Ten sposób obliczania wartości, przedstawia trudności podobne poprzedniemu. Istnieć tu może również wartość szczególna przedmiotu dla osoby pewnéj, lub przywiązanie osoby do przedmiotu. Osoba ponosi szkodę. Przy wynagrodzeniu szkoda ta braną w rachunek być musi, tego zaprzeczyć niemożna. Ale czy szkoda ta może być w poczet winy kradnącemu policzoną? Otóż prawo austryackie, które system ten przyjmuje w § 173, objaśnia wątpliwość w ten sposób: że wartość szczególna jest uważana za okoliczność obciążającą winę i zwiększającą karę, jeśli o niéj wiedział sprawca. Dodać tu wypada, że gdzie idzie o miarę winy, tam szkoda zrobiona, bądź przy zaborze, bądź w celu zaboru, gdy przedmioty uszkodzone zabranemi nie zostały, do wartości rzeczy doliczaną być nie powinna. Rzadko to jednak zdarza się przy naszym kodexie, częściéj zaś w austryackim, który przy kradzieży gwałtownéj, każe wartość mieć

na uwadze. Kodex bawarski, równie jak i nasz obowiązujący, nie wdają się zupełnie w kwestyę obliczania wartości, jakkolwiek ona do prawa materyalnego, nie zaś do procedury należy. Dowód z biegłych, jaki wprowadzają procedury nasze, może być tam zastosowanym jedynie, gdzie przedmioty od sprawcy zostały odebrane. Służy on do ustanowienia wartości użytkowéj lub zamiennéj, co do tego bowiem, która z nich ma być roztrzygającą, niema wyraźnego przepisu. Wreszcie Code Pénal i kodex pruski, nie przyjmując stopniowania, nie zajmują się i obliczaniem wartości. Powstała tu kwestya co do oznaczenia, jaką wartość ustanowić dla papierów, dokumentów, zabranych sposobem kradzieży. Ponieważ jednak zajmujemy się ustanowieniem wartości, ze względu na kodex obowiązujący, dlatego kwestyę tę zawikłaną jako do żadnego nie prowadzącą rezultatu pomijamy. Kodex nasz w artykule 1192 do 1166 włącznie, zawiera specyalne przepisy, co do tego rodzaju kradzieży, przyczem wartość ich nie jest braną na uwagę. Niektórzy teoretycy zastanawiają się tutaj nad rzeczami żadnéj nie mającemi wartości, mojém zdaniem, rzeczy takie nie istnieją, lub przynajmniéj nie znajdują się we władaniu pojedynczych osób. Nakoniec spotykamy zabór, który jest bezprawnym dlatego, że co do całości nastąpił, gdy osoba do części uprawnioną była; wtedy część ostatnią z ogólnéj wartości należy potrącić, naprzykład przy kradzieży przez współwłaściciela lub współdziedzica spełnionéj. Podobnie ma się rzecz z wypadkiem, który niewłaściwie kradzieżą nazwanym został, a który jest tylko przeniewierzeniem, chcę tu mówić o przywłaszczeniu w całości skarbu znalezionego na cudzym gruncie. Artykuł 716 Kodexu Cywilnego Francuzkiego, przyznaje znalazcy własność połowy. Zabierając całość, wedle kodexu francuzkiego, spełnia kradzież co do drugiéj połowy mu nie przynależnéj: ja widzę tu tylko przeniewierzenie, bo całość, los sprawcy powierzył.

Kradzież uprzywilejowana.

Najwłaściwiéj będzie mówić o niéj w tém miejscu, bo przywiléj służy jedynie kradzieży sposobem prostym, bez obciążających okoliczności, dokonanéj. Przywiléj zaś przywiązany jest albo do podmiotu kradzież spełniającego, lub też do rzeczy, będącéj przedmiotem zaboru. Skutkiem tego powstają odróżnienia: kradzieży w rodzinie, kradzieży na owocach, drzewie, zwierzynie i rybach, które rozbierzemy.

§1. *Kradzież w rodzinie.* Osoba dopuszczająca się kradzieży, przez zabór narusza prawa innéj osoby, prawo widząc naruszenie to, w widokach bezpieczeństwa stanowi dochodzenie i karę, tojest zasadą. Ale zasada ta jest modyfikowaną. Polega ona bowiem na tém, że własność prywatna pojedynczych rodzin, musi być odgraniczona, inaczéj byt rodziny nie byłby zapewniony. W oczach prawodawcy odgraniczenie istnieje, aż do najdrobniejszych szczegółów, sięga wnętrza rodziny i tam nawet jedna rzecz należy do matki inna do ojca, syna i t. p. Rodzina jednak, stanowiąc dla pojedynczych jéj członków nierozdzielną całość moralną, już przez samą praktykę życia codziennego, wyrabia w umyśle tych co ją składają pojęcie jedności materyalnéj, wspólności dóbr do pewnego stopnia. Prawo wspiera to pojmowanie, ustanowieniem dziedziczności i przyznaniem legitymy członkom najbliższym familii zmarłego, a nadto zobowiązaniem jednych do wspomagania drugich, nawet za życia, co stanowi prawo, a z drugiéj strony obowiązek do alimentowania. Zasada własności nie potrafi wobec tego ostać się niewzruszoną, granice jéj nie dadzą się już ściśle oznaczyć. Dlatego nie jest już ona obrażoną tak silnie, gdy jeden członek familii, zabiera rzecz innemu przynależną, bo istnieje tu jakby prawo współwłasności, nieoznaczone co do udziału, chociażby tylko jako expektaktywa. Ale ten powód nie jest jedynym. Powiedzieliśmy, że kradzież przez *culpa* spełnioną być nie może. Tu najobszerniéj da się to zastosować,

tu zawsze dopuszczający się zaboru ma prawo myślić i myśli niewątpliwie, że poszkodowany na czyn jego zezwala. Przy takim stosunku jaki istnieje między członkami jednéj rodziny, różnica między brakiem delikatności a przestępstwem jest nadzwyczaj subtelną jak mówi p. Faure, w motywach do kodexu francuzkiego. Mimo to zabór taki, często może nosić na sobie cechy karygodnego czynu, nazwanego kradzieżą; tego bynajmniéj przeczyć nie myślę. Ale i wtedy nawet czyn nie jest przestępstwem. Państwo niema prawa karać wszystkich czynów karygodnych, musi puścić bezkarnie zabór w rodzinie spełniony; inaczéj przeciwiłoby się swemu własnemu interesowi, nastawałoby bardziéj na byt własny, niż sam czyn zaboru. Rodzina jest zarodkiem społeczności, z niéj społeczność czerpie swe siły moralne, rozwój i jedność rodziny najusilniejszém przeto winny być jéj staraniem. Czyn karygodny narusza harmonię rodziny, prędko jednak pokrywa go zapomnienie, harmonia wraca, a sprawa wewnątrz rodziny się załatwia. Inaczéj będzie z wmieszaniem się państwa, dochodzeniem i ukaraniem winnego; tu członkowie familii są przeciwstawieni sobie jako skarżący i oskarżony, jedność, harmonia rozerwana ustaje. Wreszcie kara wymierzona na przestępcę, dotyka poszkodowanego, któremu w tym razie zbyt dotkliwie czuć się daje opieka państwa, własność gwarantująca. Już w Rzymie przy odmiennym jak dziś ustroju familijnego życia, świętość domowego ogniska, strzegła przed dochodzeniem kradzieży. Wyraźnie mówi prawo rzymskie o żonie: „quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret.“ Jakie tu jednak osoby pod mianem rodziny obejmujemy? Niewątpliwie należą tu rodzice *respective*, względem siebie mąż i żona, dzieci, dalsi wstępni i zstępni, rodzeństwo i powinowaci w tymże samym stopniu. Między temi osobami kradzież choć jest czynem karygodnym, karaną jednak przez państwo być nie może. Kwestya powstaje jakim być powinien stosunek poszkodowanego członka rodziny do rzeczy zabranéj, by kradzież była uprzywilejo-

waną? Niema wątpliwości, gdy własność i dzierżenie (fizyczne władanie bez woli zachowania), schodzą się w jego osobie. Zjawia się ona w wypadku rozdziału. I tak gdy syn zabiera ojcu rzecz, która do kogo innego należy, to spełnia on kradzież, choćby nawet ojciec był obowiązanym do wynagrodzenia, i w tym względzie odróżnienie Koestlina uważam za mylne. Prędzéj można już nie przyjąć kradzieży właściwéj w tym razie, gdy przedmiotem były pieniądze nie zaś rzecz oznaczona. Przeciwnie zaś dzieje się, gdy własność rzeczy zabranéj pozostała przy ojcu, a obcy dzierżenie tylko posiadał, tu kradzież zwykła jest niemożliwą. Stosunek wreszcie familijny sięga tak daleko, że węzeł zawiązany za życia, przez śmierć się nie rozrywa, tak że wedle Code Pénal, wdowiec lub wdowa, zabierający rzeczy do zmarłego współmałżonka należące, ze spadku po nim pozostałego, nie spełniają kradzieży. Jestto może jedyne słuszne rozciągnięcie fikcyi cywilnéj w dziedzinie prawa karnego. Rozbierają jeszcze osobno zabór przez spadkobiercę dokonany, na rzeczach żyjącego spadkodawcy, i to całkiem niewłaściwie, bo wypadek ten albo pod kradzież prostą, albo pod kradzież w rodzinie spełnioną podciągnąć się daje. Kwestyę co do zaboru przedmiotów spadkowych, już rozebraliśmy poprzednio.

Przywileju tego rodzina zrzec się ma prawo, zrzeczenie to oświadcza jéj głowa, żądając dochodzenia, głowa rodziny bowiem ma największy interes w utrzymaniu jéj świętości. Jéj zresztą służy prawo karności domowéj, gdy widzi władzę swą niedostateczną, ucieka się o pomoc do państwa, któréj mu odmówić państwo nie jest w możności. Nie sama tylko osoba głowę rodziny stanowiąca, jest tu zainteresowaną, czyn bezpośrednio dotyka poszkodowanego, który będąc członkiem rodziny, zarówno dbałym o utrzymanie w niéj harmonii, może mieć sobie zostawioną inicyatywę, tém bardziéj że najbliższe do takowéj posiada prawo. Bez żądania poszkodowanego lub głowy rodziny, niema dochodzenia. Taką alter-

natywę znajdujemy w prawie badeńskiem, gdy jeden nie chce, to drugi dochodzenia może żądać. Na wypadek gdy dochodzenie ma miejsce, kara łagodniejszą być winna, jak w zwykłéj kradzieży. Gdy zaś kradzież dokonaną jest sposobem gwałtownym lub z okolicznościami obciążającemi, wtedy potrzeba nadawania przywileju ustaje, a natomiast dochodzenie bez ograniczenia i kara właściwa zastosowanie znaleźć muszą. Kodex pruski w § 228 mówi, że kradzież w rodzinie nie powinna być normą, ale następny § 229 objaśnia, że czyn dochodzony być może na skargę poszkodowanego, a więc karanym być winien. Kodex obowiązujący z roku 1847, dochodzić każe na żądanie poszkodowanego. Przeciwnie kodex karzący z 1818 r. dochodzenie czyni zależnem, od skargi głowy rodziny. Stoją one na stanowisku nauki; odpowiedniéj byłoby przecież dać prawo do skargi alternatywnie obu, tojest poszkodowanemu i głowie rodziny. Dwa pierwsze przedstawiają jeszcze jedną niedokładność, że kary nie modyfikują na wypadek dochodzenia, chociaż niewątpliwie łagodniejsze traktowanie miały na myśli. Zupełnie odmiennie postąpił Code Pénal, pozostawia tu jedynie akcyę o wynagrodzenie cywilne, idzie więc w uwzględnieniu stosunku familijnego.

§ 2. *Kradzież przedmiotów do jedzenia lub picia*, a właściwie owoców z pól i ogrodów. Natura przedmiotu przeciwko któremu skierowanem jest przestępstwo, wpływa na zmodyfikowanie surowego charakteru kradzieży. Przywłaszczenie i tu jest darme, ale niema cech od przywłaszczenia wymaganych, niema zamiaru zachowania rzeczy przy sobie, lecz natomiast towarzyszy pzzestępstwu zamiar spożycia natychmiastowego. Niema tu żądzy wzbogacenia się cudzem dobrem, która aczkolwiek do istoty przestępstwa nie należy, a więc nie stanowi o tém, czy ono istnieje lub nie, jest jednak tém, co przestępstwu cechę bezczeszczącą nadaje. To co powoduje uprzywilejowane stanowisko kradzieży, tego rodzaju, przesądza zarazem o granicach, w jakich

charakter czynowi karygodnemu przysłuża. Dlatego kodexy ograniczają pojęcie téj kradzieży do natychmiastowego, lub bezpośredniego spożycia. Wyrażenia tego ściśle brać nie należy, bo jakżeż mówić o natychmiastowem spożyciu surowizny. Wymaga ono przygotowania, a do tego przeniesienia na inne miejsce jest nieodzownem. Niektóre prawodawstwa wymagają, by przestępca był sam spożywającym, jeśli jednak lżejsza karalność i łagodniejsze uważanie tego przestępstwa są oparte na jakości pobudki działania, to zarówno na uwzględnienie zasłnguje, czy sprawca dopuścił się przywłaszczenia dla własnego spożycia lub dla dzieci swych, lub osób blizkich. Znowu tutaj spotykamy się z pobudką. Można tu mówić o niéj, bo jest ona do ustanowienia łatwą, zwykłą i jedyną tu jest łakomstwo. Z określenia tego rodzaju kradzieży, wynika nadto, co też i w kodexach spotykamy, jak w pruskim 349 §, nr. 3, i artykule 388 Code Pénal, że przedmioty zabrane w małej ilości być mają. Gdy szkoda niewielka, a czyn sam w opinii ogółu nie jest za kradzież uważany, właściwem byłoby czekać z dochodzeniem na wniosek poszkodowanego. Tym sposobem oznacza się granica téj kradzieży do małéj szkody, a nadto i do czynu nie niebezpiecznego ze względu na naturę i okoliczności. Wedle kodexu pruskiego wdarcie się i włamanie do niezamieszkanego budynku nie szkodzą, lecz tak wedle tego prawa jak francuzkiego towarzystwo kilku osób i noc, zupełnie naturę czynu zmieniają i do kradzieży zwykłéj kwalifikują. Występuje tu wzgląd na niebezpieczeństwo i trudność w ustrzeżeniu własności. Czy jednak w granicach uprzywilejowanych kradzież jest czynem przestępnym? Jest bezwątpienia, bo są wszystkie cechy istoty przestępstwa. Nie można zgodzić się zatem na zdanie, że jedynie odpowiedzialność cywilna winna mieć miejsce. Właściwszem jest już to, które chce z tego rodzaju czynów przestępstwo *sui generis*, utworzyć, ale gdy istota jedna, wyróżniania są niestosowne. Kodexy austryacki i bawarski na odmiennem stoją stanowisku, gdy kradzież owoców z pola

za okoliczność obciążającą uważają. Wreszcie prawo u nas obowiązujące jakkolwiek kradzieży tego rodzaju osobny przepis poświęca (artykuł 1161 Kodexu Kar Głównych i Poprawczych i 784 Ustęp I^szy, Ustawy Gminnéj), to przecież traktuje ją tak samo jak kradzież zwykłą i gdy wartość 15 rsr. nie przenosi, karze aresztem, a przy wartości wyższéj domem roboczym lub rotami aresztanckiemi, wedle stopni dla kradzieży prostéj oznaczonych. Nie stawia więc żadnéj różnicy.

§ 3. *Kradzież drzewa.* I tu narusza się prawo własności. Twierdzą jednak niektórzy nieprzyjaciele własności jako zasady, że do drzewa w lasach, równie jak i do trawy na łąkach właściciel nie nabywa prawa wyłącznego, bo prawo nabywa się przez pracę, a tu natura sama wzrost powoduje, bez przyczynienia się człowieka. Jeśli to nie jest prawdziwem dla ekonomistów, może przecież w błąd wprowadzić sprawcę, a zatem i wobec społeczności tłómaczyć go należy. Czynu takiego kradzieżą nazwać nie można, bo gdzie człowiek w przedmiocie, przez się posiadanym, cząstki osobistości swéj, a mianowicie pracy nie zostawił, tam zabór nie tak silnie wolę i prawa jego obraża. Wobec takiego pojmowania, koniecznem jest odróżnienie drzewa rosnącego od ściętego, ostatnie bowiem jest już po części produktem pracy, a tém bardziéj od rąbanego i przeniesionego z miejsca w którem wyrosło, (kapitał stały wkłada się raz jeden, obiegowy tylko na pilnowanie lasu i urządzenie na poręby), a zbieranie chrustu jako do bezpośredniego spożycia służącego do poprzedniego rodzaju należy. Zabór drzewa, które sprawca ścina w tym celu i łączy pracę swą z zaborem przy niewielkiéj wartości i w czasie niezakazanym, tojest nie w nocy i nie w święto, gdy właściciel ustrzedz może swą własność od kradzieży, powinien być uważanym łagodniéj jak kradzież zwykła. Traktowanie w takim razie czynu jako uszkodzenie własności ma poniekąd pewną zasadę. Spotykamy to w naszym kodexie obowiązującym, który w artykule 1101, czyn

za uszkodzenie uznając, po karę do kradzieży odsyła, niesłusznie jednak pomieszanym został zabór rąbanego nawet. Podobnie i Ustawa Gminna artykuł 784, ustęp III[ci], przedmiot ten uważa gdy szkoda 15 rsr. nie dochodzi. Przy takiem traktowaniu czynu, uderzającem jest porównanie co do kary z zwykłą kradzieżą. Zabór ściętego drzewa lub rąbanego, nawet z lasu, może i musi być na równi z kradzieżą zwykłą karanym. Gdy zaś nastąpi ze składu lub przy okolicznościach obciążających wtedy uwzględnienie, że czyn jest kradzieżą drzewa byłoby bezzasadnem. Takie jest zapatrywanie się kodexu francuzkiego i pruskiego w właściwych, leśnictwa dotyczących przepisach. Wyjątek zrobić należałoby przy wzorowych leśnych gospodarstwach jużto dla zachęty, już też dla zabezpieczenia płodów, z trudem nabytych.

§ 4. *Kradzież ryb i zwierzyny.* Rzeczy niezawłaszczone i stałego niemające miejsca, nie są niczyją własnością i na nich kradzieży spełnić nie można. Takiemi są naprzykład ryby w rzece publicznéj i zwierzyna przelatująca, o ile zabitą i przywłaszczoną została na gruncie polującego. Czyny te nie są bynajmniéj karygodnemi, owszem do spełnienia ich każdy jest uprawnionym. Lecz do łowienia ryb i polowania, niektórym osobom służą szczególne prawa, a raczéj przywileje, tojest że osoby te mają pierwszeństwo w zawłaszczeniu ryb i zwierzyny. Przywiléj taki odnosić się może do miejsca własność osób pewnych stanowiącego, lub przedmiotu nawet, gdzie rozumie się już, prawa osób innych, są w takim razie wykluczonemi. Polujący na cudzym gruncie, lub łowiący ryby na cudzym brzegu dopuszczają się przestępstwa, z istoty swéj podobnego do kradzieży. Mówię podobnego, bo zabór narusza tu nie zasadę lecz wyjątek, nie prawo lecz przywiléj. Dlatego nie mieszają go ani go teoretycy, ani prawodawstwa z kradzieżą i osobną tytułują nazwą uszczerbek (Frevel). Temu też występkowi osobny poświęcamy paragraf. Kradzież ryb i zwierzyny jest jednak możliwą, stanowi ona kradzież zwykłą, a nawet wedle kode-

xów niektórych obciążoną, gdy ryby w stawie lub sadzu, a zwierzyna w zagajniku się znajdowała, tém bardziéj zaś, gdy zagajnik był ogrodzonym. W wymierzaniu kary za kradzież w tym razie ostrożnym być wypada i baczyć szczególniéj na ilość szkody zrządzonéj, by ocenić, czy sprawcy szło o zaspokojenie myśliwskiéj lub rybackiéj namiętności, czy też o przywłaszczenie darmo. To też szczególny wzgląd mają kodexy na powtarzanie i trudnienie się jako rzemiosłem. Dawne prawa z epoki feudalnéj, a nawet Constitutio Criminalis Carolina, mieszczą bardzo obfite co do tego przepisy. Z nowszych zaś wiele kodexów milczeniem kradzież tę pomija. Jestto bardzo niestosownem, bo przeświadczenie społeczne nie uważa czynu takiego za karygodny, a żaden z prawodawców nie chciałby mu znowu bezkarności zapewnić, jeśli tylko uznaje przywiléj do polowania i rybołowstwa. Czyn tego rodzaju obraża jedynie poszkodowanego, społeczność nie jest tu szczególnie zainteresowaną, inicyatywie przeto prywatnéj dochodzenie zostawićby należało. Zezwolenie też poszkodowanego na czyn, odejmuje mu w zupełności występny charakter. Na téj zasadzie opiera się wymaganie świadomości ze strony sprawcy, o bezprawności swego postępowania. Rodzaj narzędzia i sposób dokonania, wpływają wiele na znaczenie czynu. I tak polowanie z bronią palną, jest uważane za zwykły sposób i dlatego lżéj karane wedle prawa pruskiego, jak z sidłami, zastawkami i t. p. Również łowienie wędką, w porównaniu z łowieniem siecią i spuszczeniem stawu. Ostatnie traktowane na równi z włamaniem. Niektórzy upatrują wreszcie wątpliwość co do tego, czy przywłaszczenie jest potrzebném, czy dość jest polowania lub łowienia. Wątpliwość ta jednak jest pozorną, bo jeśli mamy czyn uznać za kradzież, to musi on wszystkie jéj cechy nosić na sobie, a więc przywłaszczenie dopełnionem być musi, jako do istoty kradzieży należące. Wprawdzie kodex pruski karze w artykule 347, ustępie drugim, samo wejście na grunt cudzy z bronią palną, ale czyn taki wykroczeniem

nazywa i do kradzieży nie zalicza. Kodex obowiązujący (artykuł 1102), odróżnia polowanie i łowienie dokonane niepotajemnie i nie sposobem kradzieży i takie karze sztrafem od 1 do 50 rsr. oprócz wynagrodzenia szkody a gdy sposobem kradzieży, to wcale od zwykłéj nie odróżnia: tak jak i artykuł 784, ustęp II^gi^ i IV^ty^ Ustawy gminnéj.

(*Dalszy ciąg nastąpi*).

KRONIKA SĄDOWA KRAJOWA.

---

1. *Czy nabywca nieruchomości obciążonéj długami, jest odpowiedzialnym osobiście za przyjęte w szacunku długi nieruchomość obciążające?*

Dziewiąty Departament Senatu, Wydział I^szy^, w komplecie zwiększonym, rozpoznawał ponownie tę ważną kwestyę, któréj rozbiór jurysprudencyjny podaliśmy w Zeszycie Październikowym, Przeglądu Sądowego za rok bieżący (str. 119—125).

Wyrok zapadł w dniach 15 (27) i 16 (28) Października 1869 roku, w sprawie Słupscy przeciwko Tereszczyńskiemu i innym.

Kwestya rozwiązaną została stanowczo w sposób przeczący.

Pobudki prawne wyroku, określające zarazem okoliczności czynu, są następujące:

Senat Rządzący:

Zważywszy:

że Gecel Arenstejn, za kontraktem urzędowym daty 7 (19) Sierpnia 1865 roku, sprzedał Leopoldowi i Waleryi małżonkom Słupskim, nieruchomość swą w Warszawie Nr. 2590 oznaczoną, za rsr. 20,000, na poczet których przekazał nabywcom rsr. 10110, długów swych osobistych na téjże nieruchomości zabezpieczonych i nabywcy Słupscy, summę takową, w ogólnym szacunku do zapłaty przejęli:

Zważywszy:

że za aktem urzędowym z dnia 13 (25) Października

1865 r. małżonkowie Słupscy, sprzedali powyższą nieruchomość małżonkom Bredsznejderom i tymże, przejęte przez siebie długi Arensztejna przekazali, gdy zaś przy sprzedaży przeciw Bredsznejderom rozwiniętéj, nie wszyscy przekazani wierzyciele, w postąpionym szacunku utrzymali się, dwaj z nich, tojest Aniela Dutkiewiczowa i Marcin Tereszczyński wystąpili przeciwko małżonkom Słupskim z żądaniem: aby im obojgu, jako podstawiającym się w prawie Arensztejna zasądzoną została od wyż rzeczonych małżonków, kwota rsr. 600, z procentem od dnia 1 (13) Czerwca 1866 r. a samemu Tereszczyńskiemu kwota rsr. 1800 z procentem, od dnia 17 (29) Czerwca 1867 roku.

Zważywszy:

że żądanie to, z którym się łączył Gecel Arensztejn, Sądy poprzednich instancyi, zasądziły i tém samém akcyą wzajemną małżonków Słupskich, o wykreślenie ostrzeżeń na ich dobrach zapisanych, oddaliły: w rozpoznaniu skargi małżonków Słupskich, na powyższe wyroki zaniesionéj

Zważywszy:

że artykuł 68 Ustawy Hipotecznéj, z roku 1818 stanowi:

„że kto zaciągnął dług na dobra nieruchome, odpowie-
„dzialnym jest, nietylko z tych dóbr ale i osobiście,
„kto zaś nabywając dobra, przejął z niemi dług hipote-
„kowany, odpowiedzialnym jest za dług takowy, z tych
„tylko dóbr nieruchomych.“

Zważywszy:

że skoro przepis powyższy, jasny, stanowczy i dobitny, nie odróżnia wcale długów przejętych w szacunku, od długów z innego tytułu przez nabywcę przejętych, Sądy przeto, takiego rozróżnienia czynić nie są władne i odpowiedzialność osobistą nabywcy za długi przejęte z dobrami natenczas tylko wyrzec mogą, gdy odpowiedzialność taką tenże nabywca, na skutek wyraźnéj umowy na siebie przyjął.

Zważywszy:

że ten ostatni wypadek, w sprawie obecnéj nie zachodzi,

w ścisłem więc zastosowaniu artykułu 68go Ustawy Hipotecznéj z roku 1818, małżonkowie Słupscy, którzy ani względem Arensztejna, ani względem jego wierzycieli, odpowiedzialności osobistéj, z całego swego majątku nie poddali się, nie mogą odpowiadać osobiście ani temuż Arensztejnowi ani przedstawiającym się w jego prawa Dutkiewiczowéj i Tereszczyńskiemu za ich wierzytelności, powtórnym nabywcom Bredsznejderom przekazane i następnie, przy sprzedaży téj nieruchomości spadłe.

Zważywszy:

że za zastosowaniem w sposób powyższy przepisu w artykule 68 Ustawy Hipotecznéj objętego, przemawia, nietylko wyraźna jego osnowa, lecz oprócz tego i osnowa artykułu 69go téjże Ustawy, skoro bowiem ten ostatni artykuł ma na celu długi w szacunku nie mieszczące się, widocznem jest przeto, że artykuł poprzedzający 68my, odnosi się do wszystkich długów w szacunku nie objętych.

Zważywszy:

że do wyłączenia od zasady, w tyle razy rzeczonym artykule 68ym położonéj, długów przy nabyciu dóbr przez sprzedaż w szacunku za dobra przejętych, nie upoważnia wcale artykuł 1650 Kodexu Cywilnego, stanowiący, że głównym obowiązkiem kupującego jest zapłacić szacunek umówiony; z jednéj bowiem strony, uważać należy, że przy sprzedaży dóbr hipotecznie obciążonych, przepis w artykule 1650 Kodexu Cywilnego objęty, stosuje się głównie do téj części szacunku, która się sprzedawcy rzeczywiście należy, tojest do tego, co po przekazaniu długów hipotecznych, na czysto może odebrać, z drugiéj zaś strony, gdyby i można było pewną między przepisami artykułów 1650 Kodexu Cywilnego i 68go Ustawy Hipotecznéj upatrywać sprzeczność, to i w tym razie temu ostatniemu powinno być dane pierwszeństwo, jako prawu późniejszemu, regulującemu w sposobie wyjątku od prawidła ogólnego, w artykule 1650 Kodexu Cywilnego obję-

tego, stosunek szczególny nabywcy dóbr hipotecznie obciążonych.

Zważywszy:

że skoro Arensztejn w kontrakcie sprzedaży z dnia 7 (19) Sierpnia 1865 roku, małżonków Słupskich z całkowitego szacunku sprzedanéj im nieruchomości pokwitował, nie może przeto być uważanym za mającego zachowane prawo do żądania od nich powtórnéj zapłaty części tegoż szacunku, jaka w długach hipotecznych przez nabywców przejętych, już raz potrąconą została, a tém samém Dutkiewiczowa i Tereszczyński, jako wierzyciele osobiści Arensztejna, do podstawienia się w jego prawa nie mają zasady, zwłaszcza gdy Słupscy przedawszy znowu tęż samą nieruchomość małżonkom Bredsznejderom, za taką samą cenę, długi hipoteczne nieruchomość tę obciążające, nowonabywcom do zapłaty przekazali.

Zważywszy:

że w ten sposób wytłomaczony przepis w artykule 68ym Ustawy Hipotecznéj objęty, stanowiący specyalne prawidło co do sposobu odpowiedzialności za szacunek nieruchomości, o ile ten przejęciem długów hipotecznych zapłacony zostanie, okazuje się zgodnym w zasadzie z przepisem artykułu 1165 Kodexu Cywilnego, według którego umowy między stronami zawarte, trzeciemu ani szkody, ani korzyści przynosić nie mogą; gdyby bowiem przypuścić, że za każdą sprzedażą nieruchomości wierzyciel hipoteczny, w szacunku do zapłaty przekazany, zyskiwać miał prawo do osobistego poszukiwania swéj wierzytelności, czy to pośrednio czy bezpośrednio, od nowonabywcy téjże nieruchomości, to w takim razie wbrew powyżéj powołanemu artykułowi 1165 Kodexu Cywilnego odnosiłby korzyści z umowy, między innemi stronami zawartéj, chociażby do niéj nie wpływał.

Zważywszy zresztą:

że tłomaczenie i stosowanie artykułu 68go Ustawy Hipotecznéj w sposobie przez wyroki zaskarżone przyjętym, mogłoby

podać powód do wielkiéj liczby processów i wzruszyć stosunki ustalone na wyraźnéj literze prawa, a tak:

Zważywszy:

że skarga w zupełności jest usprawiedliwioną, etc., etc.

Motywa te nader zwięzłe i przekonywające, są zupełnie wystarczającemi do usprawiedliwienia wyroku. Niech nam będzie wolno jednakże dodać niektóre jeszcze uwagi w rozwinięciu tegoż samego poglądu i celem zupełnego wyczerpania kwestyi.

Najprostszą i że tak wyrazimy się w oczy bijącą, jest pobudka, wyczerpnięta z wyraźnéj osnowy przepisu artykułu 68go Ustawy Hipoteczněj. Redakcya artykułu nie przedstawia żadnéj wątpliwości: „*ubi lex non distinguit neque judicis est distinguere.*“ Jedyny u nas poważny komentator prawa hipotecznego *Walenty Dutkiewicz*, wyraził zdanie: że redakcya ta nie dopuszcza innego tłumaczenia, jak wypływające z literalnego brzmienia (1).

Zwolennicy przeciwnéj interpretacyi zarzucali, że artykuł 68my, należy brać w związku z następującym artykułem 69tym. Czyżby o tém miał zapomnieć autor tak ściśle i gruntownie komentujący prawo, porządkiem artykułów? To się dopuścić nie daje. Senat też uznał, że niema wcale takiego związku między artt. 68 i 69ym, ażeby znaczenie pierwszego ulegać mogło jakiéjbądź modyfikacyi przez drugi. Podzielamy w zupełności to zdanie.

Artykuł 69ty brzmi:

„Kontrakt mocą którego, dłużny właściciel przedaje do-
„bra *za szacunek nie wystarczający na zaspokojenie dłu-*
„*gów hipotekowanych*, jest tylko ważnym w stosunkach
„między przedającym i kupującym, nie naruszając

(1) Zob. Przegląd Sądowy, za miesiąc Październik, Tom 5, str. 120

„w niczem praw wierzycieli do nieruchomości sprzeda- „néj. Nabywca nie jest mocen znaglać wierzycieli, aby „ci, albo w oznaczonym czasie żądali publicznéj sprze- „daży dla uzyskania wyższéj ceny, ręcząc przytem za „podniesienie jéj o dziesiątą część wyżéj, albo dobra „za szacunek przez niego umówiony w jego ręku zosta- „wili, ale raczéj wierzycielom zostawia się, kiedy i ja- „kich środków chcą użyć przeciw nabywcy dóbr nieru- „chomych, obciążonych hipotekami.“

Jeżeliby można ustalić jaką argumentacyą interpretacyjną z zestawienia artykułu tego z poprzednim, to chyba taką jak uważał Senat tojest: że ponieważ w artykule 69ym jest mowa o długach w szacunku *nie mieszczących się*, zatém poprzedni w zupełności znajduje zastosowanie do długów w szacunku *mieszczących się*.

Właściwie jednak niema żadnéj łączności, żadnego ciągu jednéj i téj saméj myśli, w tych dwóch przepisach Ustawy Hipotecznéj, a to tém pewniéj, że każdy z nich powstał z odrębnego zupełnie źródła. Do postanowienia zawartego w artykule 68ym wziął prawodawca wskazówkę z prawa pruskiego (Landrecht Cz. Isza, Tyt. 20, § 54), a do postanowienia w artykule 69ym pobudził prawodawcę, wzgląd na przepisy Tyt. XVIII, Ks. III, Kodexu Napoleona odnoszące się do tak zwanego oczyszczenia hipotek, (artt. 2181 i następne K. C. Fr.), które nasz prawodawca z roku 1818 zniósł wraz z całym Tytułem XVIII, Ks. III, Kodexu Cywilnego Francuzkiego.

2. Zarzucanem było, przez zwolenników zdania przeciwnego interpretacyi przez Senat przyjętéj, że artykuł 68my Ustawy Hipotecznéj nie mógł derogować ogólnym zasadom kodexu, a mianowicie też artykułowi 1650 Kodexu Cywilnego który stanowi, że najgłówniejszym obowiązkiem nabywcy jest zapłacenie szacunku. W odparciu tego zarzutu przytoczył Senat, że przy sprzedaży nieruchomości długami obciążonéj obowiązek z artykułu 1650 Kodexu Cywilnego wynikający,

daje się zastosować do téj tylko części szacunku, jaką stosownie do umowy sprzedawca po potrąceniu długów podnieść ma prawo.

Jakoż widocznem jest, że summa na długi *potrącona* czy *przekazana* (wyraz tu nie stanowi), już w chwili sprzedaży nie była własnością sprzedawcy, ale wierzycieli hipotecznych. On jéj już wtenczas żądać nie miał prawa, zkądżeby późniéj to prawo dla niego powstać miało, zwłaszcza kiedy w kontrakcie z całego szacunku pokwitował (1). Widocznem jest, że co do téj części szacunku która przypadła na wierzytelności hipoteczne, nabywca skutkiem kontraktu kupna i sprzedaży staje się raczéj dłużnikiem wierzycieli hipotecznych, mających swe kapitały zabezpieczone na nieruchomości, nie zaś sprzedawcy: — dłużnikiem *w zakresie zobowiązania rzeczowego*; tojest o ile nieruchomość chce zatrzymać w swém posiadaniu, bo tak stanowi artykuł 68^{my} Ustawy Hipotecznéj, który, tym sposobem, nie okazuje się być w sprzeczności z artykułem 1650 Kodexu Cywilnego a w każdym razie jako prawo późniejsze i specyalne, do tego rodzaju stosunków, musi posługiwać za normę przy rozstrzyganiu sporów. (*Lex specialis derogat generali*) (1).

3. Ze stanowiska słuszności naturalnéj, godnem jest uwagi, że tak właśnie jak wskazał artykuł 68^{my} Ustawy Hipotecznéj, a nie inaczéj, pojmowanym był i jest najpowsze-

---

(1) Zdarzyć się nawet może, iż sprzedawca w zaspokojeniu potrąconych długów przez nabywcę niema żadnego interessu, jeżeli naprzykład nie jest za żaden dług osobiście odpowiedzialnym. A jednak zawsze przekazać je musi, tojest potrącić w szacunku bo tego porządek hipoteczny wymaga. Czy i w takim przypadku nabywca miałby być odpowiedzialnym za przejęte długi z artykułu 1650 Kodexu Cywilnego?

(2) Trudno pojąć dlaczegoby prawodawca w Ustawie Hipotecznéj, stanowiąc prawo *wyjątkowe*, nie mógł derogować jakimbądź zasadom ogólnym kodexu. Jakoż rzeczywiście derogował niektórym zasadom, a najprzód téj ogólnéj. *nemo plus juris in alterum transferre potest quam ipse habet*. Dla czegożby więc nie mógł derogować artykułowi 1650 Kodexu Cywilnego?

chniéj przez strony kontraktujące, stosunek między nabywcą a sprzedawcą nieruchomości obciążonéj długami. Niezależnie od wszelkiéj teoryi, różnica zobowiązania *rzeczowego* od *osobistego*, tkwi w saméj naturze rzeczy i wskazuje ją zdrowy rozsądek każdemu nawet nieprawnikowi. Można śmiało powiedzieć, że każdy w ogóle nabywca nieruchomości obciążonéj długami, przejmujący w kontrakcie też długi do zaspokojenia, jest w przekonaniu, że o tyle tylko długi płacić będzie obowiązanym, o ile nieruchomość przy nim pozostanie. Na stu nabywców, nie wiemy czy dziesięciu zgodziłoby się przyjąć ewentualną odpowiedzialność osobistą za długi nieruchomość ciążące, na wieczne czasy i to bez względu czy przy własności pozostaną, czy też się jéj pozbędą. Jakże więc można narzucać im obowiązek którego wcale nie domniemywali się przy zawieraniu umowy? Senat wyraził się w motywach rozbieranego przez nas wyroku: że przeciwne tłómaczenie i stosowanie artykułu 68go Ustawy Hipotecznéj „*mogłoby podać powód do wielkiéj liczby processów*,“ raczéj *podało już powód do licznych processów*, jak o tém akta sądowe przekonywają. Processy podobne prowadziły zawsze do rezultatów obrażających słuszność naturalną. Ktoś kupił i następnie sprzedał nieruchomość długami obciążoną. W trakcie swojego posiadania bynajmniéj stanu jéj nie pogorszył, owszem poczynił melioracye, powiększył jéj wartość przez włożenie znacznego kapitału, bo był i jest zamożnym. Mimo to, w kilka lub w kilkanaście lat późniéj, po licznych przejściach nieruchomości z rąk do rąk, kiedy takowa bez jego wiedzy i wpływu sprzedaną została, a raczéj zmarnowaną w drodze subhastacyi, ów były właściciel, pociąganym jest przez jakiegoś wierzyciela spadłego z szacunku, o zapłatę jego wierzytelności. Z jakiego tytułu? Dlatego że kupując nieruchomość miał sobie potrącone w szacunku długi hipoteczne, co inaczéj być nie mogło, ze względu na istniejący porządek hipoteczny. I dla czego, *ten mianowicie* a nie inny były właściciel nieruchomości-

mości poszukiwanym jest o zapłatę spadłego kapitału? Dlatego, bo jest zamożniejszym od innych. Więc jeden odpowiada za wszystkich? Tak jest. Jestto niby akcya ukształtowana na wzór solidarnéj odpowiedzialności wexlowéj między indosantami, lecz bardzo niewłaściwie, bo co innego wexel, a co innego dom lub dobra, co innego stosunki handlowe a co innego cywilne. A zresztą nawet w stosunkach handlowych wexlowych wymagane są do ustalenia podobnéj solidarności pewne formalności i zakreślone są pewne terminy. Przedewszystkiem zaś jest na to wyraźny przepis prawa w artykule 140ym Kodexu Handlowego któremu podobnego niema w prawie cywilnym

4. Samo przez się rozumie się, że przez umowę która jest specyalnem prawem dla stron (*pacta dant leges*), wolno jest wszelki stosunek zmienić jak się podoba, wolno jest rozszerzyć lub ograniczyć zobowiązanie. *Volenti non fit injuria.* Gdyby więc tak wyraźnie strony umówiły się, mógłby nabywca być odpowiedzialnym nawet osobiście i z wszelkich funduszów za przejęte w szacunku długi nieruchomość obciążające. Tak się też niekiedy dzieje. Jak również zdarza się niekiedy, że ktoś zaciągając dług na nieruchomość ogranicza, wyraźnie swoją odpowiedzialność za ten dług, do téj tylko nieruchomości. Lub też że mając na nieruchomosci dług, za który jest osobiście odpowiedzialnym, przy sprzedaży, przywołuje swojego wierzyciela i wyjednywa zwolnienie siebie od osobistéj odpowiedzialności przez tak zwaną nowacyą zobowiązania. Wszystko to są wyjątki od ogólnego prawidła. *Exceptio firmat regulam.*

5. Niezależnie od umowy, osobista odpowiedzialność za dług hipoteczny, w szacunku za nieruchomość przejęty, daje się także dopuścić skutkiem czynu lub opuszczenia: naprzykład gdyby posiadacz nieruchomości zmniejszył jéj wartość przez rozmyślną lub z niedbalstwa pochodzącą deterioracyą. W abrogowanym u nas Tytule XVIII, Ks. III, Ko-

dexu Napoleona, istniał na podobny przypadek wyraźny przepis artykułu 2175, że:

,,Pogorszenia wynikłe z czynu lub niedbalstwa trze
,,ciego posiadacza, ze szkodą wierzycieli hipotecznych
,,lub uprzywilejowanych, dają przeciwko niemu tytuł
,,do skargi o wynagrodzenie i t. d.

Jakkolwiek artykuł ten uległ abrogacyi wraz z całym Tytułem XVIII, Ks. III, Kodexu Napoleona, to jednak nie można wątpić, że akcya podobna, zawsze byłaby dopuszczalną z ogólnego przepisu, artykułu 1382 Kodexu Cywilnego. Wduchu tego ostatniego przepisu możeby nie byłaby bezzasadną akcya podobna, ze strony spadłych z szacunku wierzycieli, przeciwko ostatniemu posiadaczowi nieruchomości w drodze subhastacyi za cenę nie pokrywającą długów hipotecznych sprzedanéj.

6. Była też z drugiéj strony, poruszaną niejednokrotnie w praktyce naszéj sądowéj kwestya, że się tak wyrazimy odwrotna: o uwolnienie od osobistéj odpowiedzialności za dług hipoteczny na nieruchomość zaciągnięty, nawet pierwotnego dłużnika, który już nie jest właścicielem téjże nieruchomości, mianowicie też z powodu późniejszych czynów wierzyciela lub opuszczeń, skutkować mających takie uwolnienie, jakoto: że wierzyciel po przejściu nieruchomości w inne ręce, kapitał swój bez zezwolenia pierwotnego dłużnika kilkokrotnie prolongował następnym posiadaczom nieruchomości, za opłatą umówionego procentu: — że daléj, mając sobie doręczone obwieszczenia o subhastacyi, nie zawiadomił o tém pierwotnego dłużnika a tém samém postawił go w niemożności pilnowania się przy subhastacyi.

Jakkolwiek ze stanowiska słuszności powody te nie są bez znaczenia, prawnie jednak uwzględnionemi być nie mogły, obok wyraźnéj litery prawa w ustępie pierwszym artykułu 68go, Ustawy Hipotecznéj i obok uwag: że prolongata długu nie jest nowacyą według artykułu 1271 i następnych Kodexu Cywilnego, oraz, że żaden przepis prawa nie wkła-

da na wierzyciela hipotecznego obowiązku zawiadamiania pierwotnego dłużnika o toczącéj się subhastacyi.

Nie od rzeczy będzie dodać: że w jednéj ze spraw, w któréj powyższa kwestya była agitowaną, było nawet takie położenie rzeczy, że wierzyciel przychodzący z regressem do swojego pierwotnego dłużnika był sam extrahentem subhastacyi i sam nabywcą nieruchomości za zbyt nizką cenę w drodze licytacyi publicznéj, ponieważ jednak w postąpionym przez siebie samego szacunku nie pomieścił się z częścią swojego kapitału, przyszedł co do téj części, z szacunku spadłéj, z regressem do swojego pierwotnego dłużnika i Sądy akcyą regressową przyjąć były zmuszone. Tylko na drodze prawodawczéj mógłby być obmyślonym środek do pogodzenia w podobnych stosunkach względów słuszności, ze ścisłem pojęciem o mocy zobowiązań (1).

W. P.

---

(1) O ile nam wiadomo, w przygotowanéj Ustawie Hipotecznéj dla Cesarstwa, nie we wszystkiem zgodnéj z naszem prawem hipotecznem z roku 1818go, projektowanem jest między innemi zmianami, wyłączenie wszelkiéj odpowiedzialności osobistéj przy zaciąganiu długów hipotecznych. Za powód, przytaczaną jest konieczność odróżnienia kredytu *rzeczowego* od *osobistego*. Trudno jest zaprzeczyć, że z pomieszania dwóch różnéj natury zobowiązań, wynikać mogą niekiedy dość ważne zawikłania w stosunkach prawnych. Przytém, uznanie téj różnicy tkwi w przekonaniu powszechnem. Kto daje pieniądze na hipotekę, ten rzadko ma na widoku osobistą odpowiedzialnośc (z innych funduszów) właściciela nieruchomości. Najczęściéj odpowiedzialność ta jest mu narzucona nie jako przez aryngę obligu hipotecznego, redagowanego w Kancellaryi Rejenta, podług utartego rutyną wzoru.

BIBLIOGRAFIA.

Rozbiór Wykazu Hypotecznego, przez Augusta Hejlmana etc. Warszawa 1858 r.

Sz. autor wezwał nas w Nrze 245 Kuryera Codziennego, ażebyśmy usprawiedliwili wzmiankę uczynioną pobieżnie o powyższem dziełku, przez współpracownika naszego pana S., przy recenzyi dzieła p. Karola Hube, (Zeszyt Październikowy, Przeglądu Sądowego, str. 128). Jakkolwiek moglibyśmy byli to wezwanie milczeniem pominąć, jednakże przyrzekliśmy na nie odpowiedzieć i obecnie wywiązujemy się z obietnicy.

Rozbiór Wykazu Hipotecznego, uległ już w swoim czasie, zaraz po wyjściu w świat, dość obszernéj recenzyi w Bibliotece Warszawskiéj, z roku 1858, (Tom IV, stron. 758—779).

Recenzent, jakkolwiek w ogólę bardzo przychylny autorowi, pełen uwielbienia dla jego nauki i światła, jednakże w wielu miejscach jużto nie podzielił uwag autora, już też wytknął ich niedokładność lub sprzeczność, a mianowicie:

— Na str. 760 oświadczył: że nie zgadza się na zdanie autora, ażeby wszyscy osadnicy wieczysto-czynszowi mogli być poczytani za właścicieli;

— tamże na str. 760 wyraził: że proponowana przez autora forma (jakoby ulepszona) Działu I^{go}, Wykaz Hipo-

teczny, w czterech rubrykach, zdaje mu się zbyt skomplikowaną.

— na str. 761, zauważył recenzent, iż autor nie wskazał miejsca w jakiemby należało wpisywać grunty, łąki i lasy do wspólnego użytkowania gmin miejskich należące;

— tamże na str. 761 oświadczył, że nie może zrozumieć, jakie autor przywiązuje znaczenie do taxy rządowéj i w jaki sposób ona mogłaby być sporządzoną ażeby większą dla stron szukających hipotecznego zabezpieczenia przedstawiała pewność nad cenę przy kupnie umówioną: oświadczył daléj, że przeciwnym jest wnoszeniu taxy do wykazu hipotecznego, gdyż to niewielką praktyczną przynosi korzyść, owszem może stać się środkiem oszustwa;

— na str. 765, recenzent, lubo zgadza się na zdanie autora, że hipotekowanie dzierżaw nie jest potrzebnem dla zabezpieczenia dzierżawcy na przypadek sprzedaży, obok artykułu 1743 Kodexu Cywilnego, jednak zwraca uwagę: że bez wniesienia do wykazu hipotecznego dzierżawy czy to dobrowolnéj, czy przymusowéj, nabywca mógłby być narażonym na szkodę, że wpisy te, głównie w interesie nabywcy mają miejsce, że zresztą sam autor przypuszcza możność podawania do wykazu praw dzierżawcy, utrzymuje tylko, że miejscem najwłaściwszem dla nich jest Dział I^{szy} wykazu, na co znowu recenzent zgodzić się nie może, bo dzierżawa nie wykazuje stanu ekonomicznego majątku i t. d.

— tamże na str. 765, recenzent mówiąc o Dziale IV^{ym} wykazu hipotecznego wyraził:

„Trudno wszakże przystać na zdanie szanownego au-
„tora, że prawo zastawu dóbr nieruchomych, jako z dłu-
„giem połączone, właściwie w Dziale tym (tojest IV^{go})
„ma miejsce, gdyż zastaw jest zmodyfikowaniem prawa
„pobierania dochodów, a przez to i samego prawa wła-
„sności; i dlatego do Działu II^{go}, dla wiadomości osób

„trzecich podanym być winien, co zresztą pan Hejlman „sam na str. 110 przyznaje.“

— na str. 769, recenzent bardzo delikatnie wyraża się, iż mówić będzie o kwestyach do prawa cywilnego odnoszących się:

„które p. Hejlman przy rozbiorze formy wykazu starał „się rozwiązać, albo na które *chciał tylko zwrócić* „*uwagę prawników*, dając poznać o ile niedostatecznie „kwestye te przez prawo obowiązujące są rozwiązane:“ co trochę wyraźniéj powiedziane znaczy: że pan Hejlman niektóre tylko kwestye przez siebie postawione rozwiązał, inne zaś rzucił tylko nawiasowo bez wyczerpania przedmiotu.

— tamże na str. 768 i 769, recenzent żałuje, że autor nie poświęcił więcéj pracy kwestyi *o odłączeniach*, zwłaszcza kiedy przedmiot ten w obcych prawodawstwach, jest obszernie rozwinięty;

— tamże na str. 769, recenzent mówi, iż środki proponowane przez autora, dla ustalenia granic, mogłyby doprowadzić do niepowetowanych strat wierzycieli na dobrach zabezpieczonych;

— na str. 770 recenzent nie podziela zdania autora co do prawa odkupu, i t. p.

Na te i wiele innych uwag i na całą w ogóle recenzyą autor „Rozbioru Wykazu Hipotecznego,“ nie odpowiedział, wcale, o ile nam wiadomo, chociaż na wszystkie recenzye zwykł odpowiadać (patrz Zbiór Rozpraw Jurysprudencyjnych, wydał *August Hejlman*, etc. Warszawa 1865 roku, str. 148—153), tém samém, te przynajmniéj zarzuty, które mu w powyższéj recenzyi poczynione zostały, zaakceptował, nie obstając naówczas przy bezwzględnéj doskonałości wszystkich swoich uwag. O czem wiedząc zapewne pan S., mógł wyrazić się w sposób, że uwagi autora *Rozbioru Wykazu Hipotecznego*, są *niekiedy* (to jest *nie zawsze* i *nie wszystkie*) bardzo trafne.

Dodajmy że przeciwko rozprawie p. *Hejlmana*: O klassyfikacyi Hipotek, drukowanéj jeszcze w r. 1857, w Bibliotece Warszawskiéj i reprodukowanéj następnie w dziełku *Rozbiór Wykazu Hipotecznego*, (str. 122—139), wystąpili z bardzo gruntownemi uwagami, dwaj z kolei bezimienni autorowie w Bibliotece Warszawskiéj, które to uwagi odpierał pan *Hejlman*, w oddzielnéj broszurze (Zobacz Zbiór Rozpraw str. 149).

Dodajmy, że doktryna p. *Hejlmana*, o ostrzeżeniach, z którą najprzód wystąpił w oddzielnéj rozprawie z r. 1845 zamieszczonéj w Bibliotece Warszawskiéj (Tom IV, str. 520), a następnie reprodukował tęż samą rozprawkę w *Rozbiorze Wykazu Hipotecznego* (str. 67 i następne), doktryna zmierzająca do wykazania że dla pretensyi osobistych, nie powinny być dopuszczanemi ostrzeżenia z wyroków illacyjnych, odpartą została przez W. *Dutkiewicza*, w znanem dziele: „*Prawo Hipoteczne*," i odrzuconą stanowczo przez całe sądownictwo i jurysprudencyą stałą wszystkich instancyi nie wyłączając Senatu.

Cóż więc dziwnego w tém położeniu rzeczy, że i Redakcya Przeglądu Sądowego, podzieliła powyższe zdanie pana S., mianowicie co do tego: że nie wszystkie uwagi autora *Rozbioru Wykazu Hipotecznego*, w dziełku jego pomieszczone *są bardzo trafne*. Nie było i niema w tém zdaniu nic rażącego i sądzimy, że dość byłoby już po wyjaśnieniu powyższego stanu rzeczy, odesłać szanownego autora z jego zapytaniem: „*kiedy uwagi jego są nie trafnemi i niewyczerpującemu przedmiotu?*" (1) do przeprowadzonéj w swoim czasie o tych uwagach i całem dziełku polemiki.

Żeby jednak w zupełności zadowolnić sz. autora i zarazem dać mu dowód, żeśmy w skutek jego wezwania, ponownie *ad hoc*, przeczytali *Rozbiór Wykazu Hipotecznego*:

(1) Zob. Kuryer Codzienny, Nr. 245.

dołączymy jeszcze, parę naszych własnych uwag nad jego dziełkiem.

Rozbiór Wykazu Hipotecznego, składa się z 16stu oddziałów: 1) Wstęp. 2) Zasady. 3) Rozbiór Działu Igo wykazu hipotecznego. 4) Rozbiór Działu IIgo wykazu hipotecznego. 5) Rozbiór Działu IIIgo wykazu hipotecznego. 6) Rozbiór Działu IVgo wykazu hipotecznego. 7) O rubrykach Działów IIIgo i IVgo, co do suboneracyi i przelewów. 8) O ostrzeżeniach hipotecznych. 9) Uzupełnienie co do rozmaitych praw rzeczowych szczególnych. 10) O związku formalnym różnych Działów wykazu hipotecznego. 11) O rozdziale hipotecznym dóbr nieruchomych, jakoteż o odłączeniu od nich pewnych części gruntu. 12) O związkach hipotecznych różnych dóbr jednego dłużnika objętych w oddzielnych księgach hipotecznych. 13) O klassyfikacyi hipotek, jakoteż praw hipotekowanych w ogólności. 14) O stosunkach między hipoteką gubernialną a okręgową. 15) O skróceniu wpisów do wykazu hipotecznego. 16) Ogólny pogląd.

Wyłączywszy jednak z tych szesnastu oddziałów to, co zostało wciśniętem z dawniejszych rozpraw autora i rozwijanych osobno materyi, jako to: o własności podzielonéj, o ostrzeżeniach, o klassyfikacyi, o hipotekach gubernialnych i okręgowych etc., nie wiele pozostanie na istotną treść nowéj pracy. Rozbiór pojedyńczych Działów wykazu hipotecznego, stanowi najmniejszą wartość dziełka. Tu właśnie najwięcéj uwag mniéj trafnych i dorywczych. A przytem i sam punkt wyjścia mniéj trafny i rezultat ostateczny do którego doszedł autor zupełnie niepraktyczny. Jakiż to bowiem rezultat? Oto żeby wykaz hipoteczny podzielonym był oprócz już istniejących w każdym Dziale rubryk jeszcze na wielką liczbę innych mianowicie w Dziale Iym na trzy rubryki, w Dziale IIim na trzy rubryki, w dziale IIIcim, na cztery rubryki, w dziale IVym, znowu na trzy rubryki, razem 13cie rubryk, do których dodawszy rubryki cyfr, rubryki wykreśleń oraz zastrzeżenia na marginesie, ileż to wypadnie tych rubryk?

I to ma być uproszczenie? Na to się zapewne nikt nie zgodzi. Powiedzieliśmy że i sam punkt wyjścia autora, sam pomysł dziełka jest mniéj trafnym. Pospieszymy się i z tego wytłomaczyć. Wykaz hipoteczny jestto tabellaryczny obraz stanu hipotecznego każdéj nieruchomości, ale nie jestto bynajmniéj cała hipoteka. Myliłby się bardzo, ktoby sądził że cała instytucya hipoteczna tu się zawiera. Jeżeli w naszem prawie hipotecznem są rzeczy do poprawienia, są niedokładności i kwestye do rozwiązania, które doświadczenie wykazało, to nie w wykazie hipotecznym szukaćby ich potrzeba. Wykaz hipoteczny, tojest oblicze, twarz, naszéj hipoteki: sz. autor chcąc być lekarzem jéj chorób zabrał się niby do szukania zmarszczek w téj twarzy. Szczególny zaiste pomysł! I do tego jeszcze w rezultacie poradził dodać więcéj zmarszczek.

Sprobujmy teraz krytyki szczegółowéj. W Dziale I^{ym}, (Rozbiór Działu I^{go}, stron. 13—21 i o Rozdziale Hipotecznym dóbr etc., stron. 110—115) szanowny autor, począwszy od napisu wskazanego przez artykuł 92^{gi} Instrukcyi z roku 1819^{go}: „*Wymienienie nieruchomości i opisanie granic*,“ chciałby wiele rzeczy zmienić. Mniejsza o napis, chociaż niema w tem racyi sz. autor, żeby wyraz *nieruchomość* tylko do posiadłości miejskich, mógł być stosowanym (tak samo jak nie mieli racyi ci co utrzymywali że wyraz *dobra*, tylko do posiadłości ziemskich odnosi się). Co innego znaczenie potoczne wyrazu, a co innego prawne przez kodex ustalone. Mniejsza i o to, że sz. autor chce inaczéj mieć urządzonym Dział I^{szy} w hipotekach gubernialnych ziemskich, inaczéj w miejskich, inaczéj znowu w okręgowych, chociaż się co do tego niejasno na wstępie wyraża, mówi bowiem: „Kilka uwag tych, naprowadza na myśl *podzielenia wykazu hipotecznego na ziemski i miejski*, z odróżnieniem nawet wykazu okręgowego,“ mógłby więc kto myśleć, że tu idzie o podzielenie jednego i tego samego wykazu na jakieś poddziały, co nie jest.

Ale pominąwszy te wszystkie drobiazgi, podobne do zacięć scyzoryka na pniu dębowym, nie zgadzamy się na zasadniczą myśl sz. autora co do tego: „*że Dział Iszy wykazu* „*hipotecznego, przeznaczonym jest na wykazanie stanu ekono-* „*micznego dóbr ziemskich, a to, w celu otrzymania przy-* „*bliżonéj do prawdy pewności ubezpieczeń hipotecznych, do ja-* „*kich ziemska majętność jest uzdolnioną*“ (str. 14).

Właśnie tak nie jest i téj myśli wcale Instrukcya z roku 1819go nie nasuwa, ale raczéj że Dział ten przeznaczonym jest po prostu do odróżnienia nieruchomości od innych sąsiednich. Wyjątkowo tylko mówi w § 92, o służebnościach ze względu na artykuł 45ty Prawa Hipotecznego: o opisie granic ze względu na prawo o Normalnem Rozgraniczeniu. Tak samo jak późniéj w § 93, mówi o szacunku dóbr, z powodu że w tytułach nabywczych takowy mieścić się musi, przypominając jednak zarazem, że podług artykułu 36go Prawa Hipotecznego Zwierzchność Hipoteczna za szacunek dóbr nie ręczy. Toż samo zastrzegła Instrukcya co do opisu granic, w § 92, „nim prawo o Normalnem Rozgraniczeniu nastąpi.“ A co do szczegółów na przestrzeni między granicami (ustalić się mającemi) zawartéj, wyjaśniła w tymże § 92: „że opis szczegó- „łów które na téj przestrzeni się znajdują, może być tylko „użytecznym dla statystyki krajowéj i potrzebnym dla wy- „kazania wartości dóbr, nie będzie zaś należał do zakresu „działań hipotecznych, ustalenie tylko praw i obowiązków „rzeczowych na celu mających.“ Takie jest stanowisko prawa i tych co je po dziś dzień wykonywają. A jeżeli sz. autor myśl tę podał w sposobie ulepszenia prawodawczego, to się także pomylił, bo doprowadziłaby tylko do największych zawikłań, skarg i sporów. Myśl to wcale niepraktyczna, bo nic niema bardziéj zmiennego jak stan ekonomiczny dóbr i w ogóle wartość nieruchomości. Nietylko żaden Dział Iszy wykazu hipotecznego, ale nawet najlepszy kadaster jéj nie pochwyci i ustalić nie jest w stanie. Zadanie prawodawcy hipotecznego tu nie sięga. Jeżeli w prawie jest mowa o przy-

łączeniach i oderwaniach przyległości, to tylko dla wskazania, w jaki sposób, akty dotyczące podobnych czynności, mają być ujawnione w księgach i uzyskać mogą potwierdzenie Zwierzchności Hipotecznéj. W żadnym razie zaś nie mógł prawodawca hipoteczny mieć na widoku faktycznych przyłączeń lub oderwań; a tém bardziéj całego stanu gospodarstwa w nieruchomościach ziemskich, albo różnych ulepszeń lub deterioracyi w nieruchomościach miejskich, ani o takowe troszczyć się nie potrzebował. Na to jest inna kontrolla i środki prawne jak wykaz hipoteczny i wniosek w księdze hipotecznéj zeznać się mogący. Przeciwko złéj wierze w tym względzie, lub postępowaniu zrządzającemu szkodę, przysługują wierzycielom przepisy ogólne prawa cywilnego i karnego i zwykła juryzdykcya sądowa, nie zaś Wydziałów Hipotecznych. Gdyby chciał był to zrozumieć sz. autor toby zapewne nie mówił ani o *przymuleniach* (alluvion), ani nawet o wszelkich *ulepszeniach* (amelioration), jakoby do Działu I^go^ wnosić się mających. A na kwestyą *odłączeń* i *przyłączeń prawnych*, jak również *rozdziału prawnego* dóbr, z innego byłby patrzył stanowiska, któreby mu i wątpliwości w tym względzie nastręczające się objaśniło i od sprzeczności w poglądzie uchroniło.

Nie możemy jeszcze tu pominąć jednego szczegółu, tojest: jak sz. autor przy rozbiorze Działu I^go^ wykazu hipotecznego teoretycznie wywiódł, że prawo o Normalnem Rozgraniczeniu nietylko *upadło* skutkiem tego iż nie weszło w wykonanie przez lat 30^ci^ ale nawet że *nie powinno było wejść w wykonanie*, a mianowicie, że:

„prawodawstwo normalnie postępujące, jako wieczy-
„sty żywioł zachowawczy, tylko zwolna rozwijający się,
„ogarniając widoki udoskonalenia stosunków społecz-
„nych, nie robi niezmierzonych skoków, a przystępu-
„jąc do działań, nie zaczyna od szczytu, lecz od funda-
„mentu, nie od końca lecz od początku. W celu więc
„rozgraniczenia dóbr ziemskich całego kraju i hipotecz-

„nego objawienia ich granic, nie od normalnego roz-
„graniczenia rozpoczynać lecz za niem zakończyć po-
„trzeba."

W istocie, sz. autor położył sobie widać za zadanie usprawiedliwiać przez teoryę wszystkie złe i dobre fakty przeszłości (1). Któż jednak może zgodzić się na to, żeby przepisy zmierzające do ustalenia granic, nie miały raczéj na celu ustalenie fundamentów własności która jest podstawą bytu społecznego, nie zaś jak sz. autor twierdzi, szczytem budowy społecznéj.

Gdyby sz. autor był zajrzał, choć do bardzo nam blizkiego prawodawstwa i instytucyi sądowych w Cesarstwie Rossyjskiem, toby się tam był przekonał, jak pożyteczne są właśnie przy zakładaniu fundamentów prawodawczych i społecznych, przepisy i instytucye specyalne sądowo-graniczne.

Żałować tylko można, że i u nas błogi zamiar Rządu w tym względzie i Uchwała Sejmu, nie doszły do skutku, prawdopodobnie dla przeszkód finansowych. To zaś wszystko co szanowny autor wywodzi i doradza natomiast w rozbieranem przez nas dziełku i w rozprawie osobnéj na którą się powołuje (Pogląd na prawnictwo krajowe, co do spraw granicznych etc., drukowane w Bibliotece Warszawskiéj, za miesiąc Maj, z roku 1853go i oddzielnie w r. 1855), to wszystko, jest bardzo niedostatecznym, w miejsce istotnego lekarstwa, surrogatem. Ze stanowiska ściśle prawnego jest *niemożliwem*, bo wskazywaną jest interpretacya wbrew przeciwna obowiązującym przepisom proceduralnym, ze stanowiska zaś prawodawczego, jest *niepraktycznem*, jak to wykazał już sz. autorowi recenzent w Bibliotece Warszawskiéj, (w miejscu przez nas wskazanem).

---

(1) Porównać także na str. 43 i następnych, co autor mówi o pańszczyźnie i prawie z r. 1825go znoszącem artykuł 530 Kodexu Cywilnego.

Tyle co do Działu Igo wykazu hipotecznego. Moglibyśmy w ten sposób przejść wszystkie Działy i oddziały dziełka: *Rozbiór Wykazu Hipotecznego*, gdyby nam do tego na teraz nie brakło i czasu i miejsca. Sądzimy jednak, że to co już wytknęliśmy w szczegółach, jest dostatecznem do usprawiedliwienia, że niektóre uwagi zawarte w dziełku *Rozbiór Wykazu Hipotecznego*, są nie bardzo trafne i dorywcze; owszem, że całe nawet dziełko jest mniéj trafnie pomyślanem i dorywczem. Co zresztą i sam sz. autor przyznał poniekąd w przedmowie czyli *Wstępie* na str. 2giéj i 4téj w słowach:

— „że myśl przypadła mu z okoliczności zawikłania „wielu wykazów hipotecznych;"

— „że okoliczność ta wywołując konieczność zaradze„nia, nawiodła najprzód na pracę literacką mniejszego roz„miaru, która wszakże zwolna urosła do teoretycznego rozbio„ru całego wykazu hipotecznego;"

— „że tym sposobem w jednym obrazie i naocznie, wy„stępuje ogół poprawniejszego wzoru wykazu hipotecznego, „*którego wszakże autor za ostateczne wykończenie nie podaje*, „pozostawiając to uznaniu lub naradom innych biegłych „w teoryi i praktyce prawników;"

„że lubo *co do układu i systematyczności pojedynczych „rozbiorów i wywodów, w ogólności co do rozprowadzenia „treści dzieła, nie mało zarzutów przywieść można*, jednakże „nigdy nie spuszczano z widoku głównéj dążności o trafne „uorganizowanie wewnętrzne wykazu hipotecznego, etc."

Tak sam sz. autor swoją pracę ocenił i bardzo słusznie, zgodnie z naszem zdaniem i podług zbawiennéj maxymy „*Nosce te ipsum.*"

To samo mu też w innych wyrazach powiedział pan S., to samo i my dziś na kilku arkuszach powiedzieliśmy i jeszcze obszerniéj powiedzieć moglibyśmy. Niema się o co gniewać.

Dziełko, jest istotnie dorywczem sklejeniem kilku poprzednich rozpraw, z dodatkiem niektórych na prędce uwag i wstępu pod tytułem: *Zasady*. Całość nie jest wcale wyczerpującą w materyi prawa hipotecznego, więcéj prawodawczą aniżeli prawną, i dlatego nie na wiele przyda się chcącym czegoś nauczyć się początkującym prawnikom, *łaknącym chleba powszedniego nauki*, nie zaś takich wyrafinowanych przysmaków jak pomysły do ulepszenia prawodawstwa zmierzające. W tém znaczeniu, każde inne dzieło, prosty nawet kurs szkolny elementarny, jest więcéj zadowalniającym aniżeli dziełko *Rozbiór Wykazu Hipotecznego*. O to znowu nie miał i niema powodu obrażać się sz. autor. W tém jak mniemamy nie może być dwóch zdań

Nie myślimy jednak przez to wyrazić, żeby dziełko pod tytułem: *Rozbiór Wykazu Hipotecznego*, nie miało być dla nikogo pożytecznem, albo zupełnie bez żadnej wartości. Owszem pożytecznem było i jest, a nawet bardzo interesującem dla dojrzalszych prawników, stojących na wysokości nauki i doświadczenia sz. autora. Jako powtórzenie i zebranie w jedną całość, kilku poprzednich, bardzo ważnych rozpraw tegoż autora, jest bardzo szacownym materyałem dla studjujących prawo hipoteczne z wyższego stanowiska.

W tém znaczeniu nikt, nigdy nie przeczył sz. autorowi i zaprzeczyć nie jest w stanie, wielkiéj zasługi. Odznaczał go zawsze, szczególny dar trafiania jakoby instynktowo na przedmioty najbardziéj żywotne w naszem prawnictwie. Robił on zawsze co mógł, nie zalegając pola jak wielu innych, i tym sposobem zrobił wiele, chociaż nie wszystko co utworzył jest bez zarzutu (1)

Będziemy zawsze pierwsi do oddania mu sprawiedli-

---

(1) Zob. Pismo Zbiorowe, *Józefata Ohryzko*, Petersburg r. 1859, T. I, str. 336 i następne, gdzie mieści się rozbiór rozprawy: *O sporach Juryzdykcyjnych*, i niektóre ogólne uwagi o pismach pana *Augusta Heylmana*, tak co do treści jak co do formy i metody przez K. M.....

wości jako zasłużonemu w naszem prawnictwie Mężowi. Prosimy jednak, ażeby na przyszłość raczył być mniéj drażliwym na dotyczące utworów jego pobieżne wzmianki, czy to przez młodszych, czy przez starszych współpracowników naszych. Bo przecież *in republica litterarum*, wzgląd na te różnice mianym być nie może, a nadewszystko panować musi zupełna swoboda zdań (1). Inaczéj musielibyśmy chyba raz na zawsze wyrzec się wszelkiéj wzmianki o pismach sz. autora coby nam było bardzo nieprzyjemnem, a i dla sz. autora który o ile zauważyliśmy, bardzo dba o rozpowszechnienie pism swoich, nie byłoby korzystnem.

W. P.

---

(1) P. Hejlman w Kuryerze Codziennym (Nr. 245), mówiąc o naszym współpracowniku panu S., (Magistrze Prawa i Administracyi Szkoły Głównéj Warszawskiéj), wyraził się:

„Pod tym artykułem podpisany jest *łaknący chleba powszedniego*, p. S.
„Powiedziano mi, że jest *aplikantem sądowym* etc." daléj:
„Skoro redakcya Przeglądu Sądowego, zamieściwszy powyższy artykulik wynurzenie się *aplikanta* p. S. podziela i t. d."
